

**Zur Auslegung des Art. 90 II EWGV und
dessen Bedeutung für die Elektrizitätswirtschaft**

Hans Hack

Mainz 1966

ZUR AUSLEGUNG DES ART. 90 II EWGV UND DESSEN BEDEUTUNG
FÜR DIE ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT

D i s s e r t a t i o n
vorgelegt der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz

von
Hans Hack
aus Heidelberg

1966

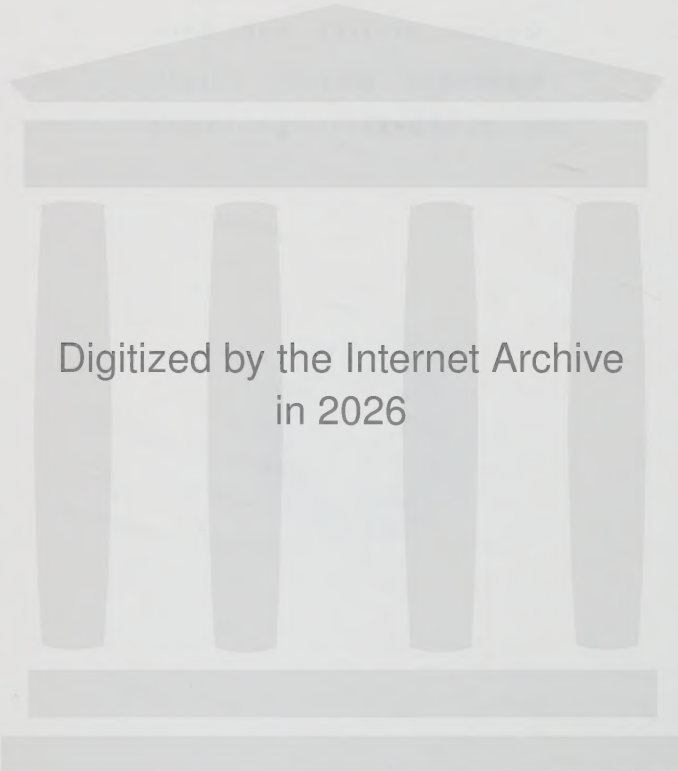
1. Berichterstatter : Professor Dr. Johannes Bärmann

2. Berichterstatter : Professor Dr. Hubert Armbruster

Tag der mündlichen Prüfung : 25. Februar 1966



1. Einführung	1
2. Die Bedeutung der Familie	2
3. Die Aufgaben der Eltern	3
4. Die Erziehung des Kindes	4
5. Die Entwicklung des Kindes	5
6. Die Beziehung des Kindes zu den Eltern	6
7. Die Beziehung des Kindes zu den Geschwister	7
8. Die Beziehung des Kindes zu den Freunden	8
9. Die Beziehung des Kindes zu den Fremden	9
10. Die Beziehung des Kindes zu den Tieren	10
11. Die Beziehung des Kindes zu den Pflanzen	11
12. Die Beziehung des Kindes zu den Mineralien	12
13. Die Beziehung des Kindes zu den Himmelskörpern	13
14. Die Beziehung des Kindes zu den irdischen Mächten	14
15. Die Beziehung des Kindes zu den geistigen Mächten	15
16. Die Beziehung des Kindes zu den Göttern	16
17. Die Beziehung des Kindes zu den Heiligen	17
18. Die Beziehung des Kindes zu den Propheten	18
19. Die Beziehung des Kindes zu den Königen	19
20. Die Beziehung des Kindes zu den Fürsten	20
21. Die Beziehung des Kindes zu den Bischöfen	21
22. Die Beziehung des Kindes zu den Priestern	22
23. Die Beziehung des Kindes zu den Mönchen	23
24. Die Beziehung des Kindes zu den Nonnen	24
25. Die Beziehung des Kindes zu den Ordensleuten	25
26. Die Beziehung des Kindes zu den Laien	26
27. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbrüdern	27
28. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelweibern	28
29. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelkindern	29
30. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelthieren	30
31. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelpflanzen	31
32. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelmineralien	32
33. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelhimmelskörpern	33
34. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelirdischen Mächten	34
35. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelgeistigen Mächten	35
36. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelgöttern	36
37. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelheiligen	37
38. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelpropheten	38
39. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelkönigen	39
40. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelfürsten	40
41. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbischöfen	41
42. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelpriestern	42
43. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelmönchen	43
44. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelnonnen	44
45. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelordensleuten	45
46. Die Beziehung des Kindes zu den Bettellaien	46
47. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbrüdern	47
48. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelweibern	48
49. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelkindern	49
50. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelthieren	50
51. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelpflanzen	51
52. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelmineralien	52
53. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelhimmelskörpern	53
54. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelirdischen Mächten	54
55. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelgeistigen Mächten	55
56. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelgöttern	56
57. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelheiligen	57
58. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelpropheten	58
59. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelkönigen	59
60. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelfürsten	60
61. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbischöfen	61
62. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelpriestern	62
63. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelmönchen	63
64. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelnonnen	64
65. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelordensleuten	65
66. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettellaien	66
67. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbrüdern	67
68. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelweibern	68
69. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelkindern	69
70. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelthieren	70
71. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelpflanzen	71
72. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelmineralien	72
73. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelhimmelskörpern	73
74. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelirdischen Mächten	74
75. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelgeistigen Mächten	75
76. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelgöttern	76
77. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelheiligen	77
78. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelpropheten	78
79. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelkönigen	79
80. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelfürsten	80
81. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbischöfen	81
82. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelpriestern	82
83. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelmönchen	83
84. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelnonnen	84
85. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelordensleuten	85
86. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettellaien	86
87. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelbrüdern	87
88. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelweibern	88
89. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelkindern	89
90. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelthieren	90
91. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelpflanzen	91
92. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelmineralien	92
93. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelhimmelskörpern	93
94. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelirdischen Mächten	94
95. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelgeistigen Mächten	95
96. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelgöttern	96
97. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelheiligen	97
98. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelpropheten	98
99. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelkönigen	99
100. Die Beziehung des Kindes zu den Bettelbettelbettelbettelfürsten	100



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Einleitung

1.	Vorbemerkungen zur Problematik	1
2.	Auslegungsprobleme des Art. 90 II	3
3.	Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge	6
4.	Zum Aufbau der Untersuchung	11

I. Teil : Auslegung des Art. 90 II

A.	Bestimmung des Kreises der Unternehmen	13
I.	Überblick über das Schrifttum	13
II.	Der Begriff Dienstleistungen	17
III.	Allgemeines wirtschaftliches Interesse	19
1.	Negative Abgrenzung	19
a.	Interessen der Mitgliedstaaten	19
b.	Gruppeninteressen	21
2.	Positive Bestimmung : Öffentliches Interesse	21
a.	Die verschiedenen Öffentlichkeitsbindungen	21
aa.	Schlichte Öffentlichkeit	22
bb.	Offene Gemeinschaft	22
cc.	Gesamtheit der Glieder eines hoheitlichen Verbandes	24
b.	Die Öffentlichkeitsbindung des Art. 90 II	24
c.	Zusammenfassung	
3.	Rechtsvergleichende Bemerkungen	25
a.	Der Service Public	25
b.	Daseinsvorsorge	27
c.	Public Utility Regulation	28
4.	Die Ableitung des öffentlichen Interesses aus dem Gesamtgefüge des Art. 90 II	30
a.	Besondere Marktstellung	30
b.	Schutz der Marktstellung	31
c.	Undurchführbarkeit des freien Wettbewerbs	31
d.	Wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistungen	32
e.	Zusammenfassung	33
IV.	Der formale Aspekt	34
1.	Bisherige Lösungen	34
2.	Eigener Lösungsvorschlag	35
a.	Wer überträgt ?	36
b.	Inhalt des Betrauungsverhältnisses	36

	Seite
c. Form des Betrauungsverhältnisses	37
d. Zusammenfassung	39
B. Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe	40
I. Verhinderung - Behinderung	40
II. Eigener Lösungsvorschlag	41
III. Zusammenfassung	43
C. Die Regelung des Art. 90 II Satz 2	43
I. Problematik, bisherige Lösungen	43
II. Begriffsbestimmung "Interesse der Gemeinschaft"	45
1. Negative Abgrenzung	45
a. Interesse der Mitgliedstaaten	45
b. Interesse des Gemeinsamen Marktes	46
c. Interesse der Unternehmen	47
2. Positive Bestimmung	47
III. Folgerungen	49
1. Die Bedeutung des Satz 2 für die Entwicklung des Austauschs von Dienstleistungen	49
a. Anwendbarkeit der Vertragsregeln über Satz 1 hinaus ?	49
b. Erweiterte Freistellung	49
2. Art. 90 Satz 2 als Regelung des allgemeinen inner- gemeinschaftlichen Handels	54
IV. Systematische Bedeutung des Satz 2 im Verhältnis zu Art. 90 II Satz 1	56
D. Generelle Anwendbarkeit bestimmter Vertragsregeln	56
E. Systematische Bedeutung des Art. 90 II	59
I. Art. 90 als Legalausnahme	59
II. Das Verhältnis zu Art. 85 III	60
F. Die Regelung des Art. 90 III	62
I. Problematik	62
II. Politischer oder technischer Auftrag ?	62
III. Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission ?	64
IV. Die Bedeutung des Art. 90 III als Verfahrensvorschrift	65
V. Weitere Befugnisse der Kommission für Dienstleistungs- unternehmen	67
VI. Das Verhältnis der Kompetenzen von Rat und Kommission	68
1. Rechtsangleichung	68
2. Art. 87 II c	69

	Seite
VII. Zusammenfassung	70
G. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	70
II. Teil : Die Integration der Elektrizitätswirtschaft	73
A. Vorbemerkung	73
B. Darstellender Teil	74
I. Die Struktur des Elektrizitätsrechts der Mitgliedstaaten	74
1. Belgien	74
2. Niederlande	76
3. Luxemburg	77
4. Deutschland	78
5. Frankreich	81
6. Italien	82
7. Die Verbundwirtschaft	82
II. Die technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten	84
1. Technische Besonderheiten	85
2. Wirtschaftliche Konsequenzen	85
III. Die Elektrizitätswirtschaftliche Zielsetzung	86
1. Sichere Versorgung	87
2. Billige Versorgung	87
C. Wertender Teil	89
I. Die Elektrizitätswirtschaft als Wirtschaftsbereich des Art. 90 II	89
1. Die materiellen Tatbestandsmerkmale	89
a. Besondere wirtschaftliche Bedeutung der Elektrizität	89
b. Monopolstellung	89
c. Undurchführbarkeit des vollkommenen Wettbewerbs	89
d. Interesse der Allgemeinheit an einer gemeinsamen Bedarfsdeckung	89
2. Betrauungsverhältnis	93
3. Zusammenfassung	94
II. Die wettbewerbsrechtliche Wertung der privilegierten Verträge der deutschen Versorgungswirtschaft	94
1. Demarkationsabrede	95
2. Konzessionsvertrag	96
3. Verbundverträge	99
a. Nationaler Verbund	100
b. Internationaler Verbund	102
III. Die Bedeutung der gemäß Art. 90 II anwendbaren Vertrags- regeln	105

Literatur (1)

- Alder, Cl. Die Befugnisse der Organe der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gegenüber Mitgliedstaaten und Privatunternehmen,
Basel 1962
- Axster, H. Das marktbeherrschende Unternehmen im Gemeinsamen Markt
Die Aktiengesellschaft
1960 S. 5 ff
- Bärman, J. Die Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsgleichung
JZ 59, 553; erweiterte Fassung : Les communautés européennes et le rapprochement de droits
Revue Internationale de Droit
Comparé, 1960 S. 9-60
- Bartholomeyczik, H. Marktbeherrschende Unternehmen
siehe unter Müller-Henneberg zu
§ 22 GWB
- Balladore-Pallieri Problèmes juridiques de la CECA
Internationaler Kongreß zum Studium der EGKS
Mailand 1957
- Ballerstedt, K. Energierecht als wissenschaftliche Aufgabe
VEnergR 1/2, 1 ff.
- Ballerstedt, K. Energierechtliche Probleme der § 103, 22, 26 GWB
VEnergR 5, S. 5-24
- Ballerstedt, K. Grundprobleme des Rechtes der Konzessionsaufgaben
BB 1958, 125
- Ballerstedt, K. Internationale und nationale Marktordnung
Eine montanrechtliche Studie
Tübingen 1955
(zitiert . Marktordnung)
- Bauer, J. Transforming Public Utility Regulation, New York
1950
- Bauer, M. Die Tragweite des § 905 BGB für die Verlegung von Versorgungsleitungen
VEnergR 6, 25
- Baumbach, A. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
Hefermehl, W. 8. Auflage
München - Berlin 1960

(1) Soweit nicht wegen nur einmaligen Zitats in den Fußnoten vollständig vermerkt.

- Bayer, G. Auslegung und Ergänzung; international vereinheitlichte Normen durch staatliche Gerichte
Rabels Z 20 (1955) 603 ff.
- Beck, E. Die rechtliche Bedeutung des § 3 Abs.1 Ziff.1 GWB
VEnergR 7/8, 61
- Bender, H. Wo liegt das wirtschaftliche Betriebsoptimum bei Versorgungsbetrieben ?
ET 1962, 157 f.
- Berber, Fr. Lehrbuch des Völkerrechts, I S. 441 ff.
München Berlin 1960
- Bergmaier, H. Eine Schweizer Stimme zur Verstaatlichung der italienischen Elektrizitätswirtschaft
ET 62, 391
- Bernhardt, R. Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtssprechung der internationalen Gerichte
Köln Berlin 1963
- Borchardt, K. Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktherrschaft
Fikentscher, W. Stuttgart 1957
- Brügelmann, H. Kommunale Versorgungswirtschaft
Ludwig, W. in : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Bd. III (1959) S. 655 ff.
- Buderath, J. Preisgünstige Stromversorgung. - ihre Voraussetzungen
ET 62, 117 ff.
- Buderath, J. Die Ordnungspolitik in der deutschen Elektrizitätswirtschaft
Bad Homburg 1962
- Bundesministerium für Wirtschaft Die Elektrizitätsversorgung im Bundesgebiet 1958
Statistischer Bericht
EW 1959, 477 ff.
- Burgbacher, F. Der Stand der Koordinierung in der europäischen Energiewirtschaft
GWf 1961, 789
- Burgbacher, F. Energiewirtschaftliche Fragen der europäischen Koordination
EW 1961, 711
- Burgbacher, F. Probleme einer Koordinierung der Energiewirtschaft im Gemeinsamen Markt
ET 1961, 233

- Burgbacher, F. Integrationsprobleme der europäischen Energiewirtschaft
Kommunalwirtschaft
1962, 43
- Buttgenbach, A. Les modes de gestion des services publics en Belgique
Brüssel 1942
- Cartou, L. Der Gemeinsame Markt und das Öffentliche Recht
Baden-Baden 1960
- Corail, J. L. La Crise de la Notion de Service Public en Droit Administratif Français
Paris 1952
- Daig, G. Gerichtsbarkeit in EWG und Euratom
AöR 1958, 132 ff.
S. a. unter : Groeben-Boeckh
- Degan, V. D. L'interpretation des accords en droit international
Den Haag 1963
- Delvaux, B. Définition de la notion de service d'intérêt économique general
(unveröff. Manuskript)
Kolloquium Brüssel 1963
- Denzel, P. Aufgaben und Bedeutung des mitteleuropäischen Verbundnetzes
ET 63, 321
- Deringer, A. Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85 bis 94) nebst Durchführungsverordnungen und Richtlinien
Erschienen in WUW
Düsseldrof 1962-64
- Deringer, A. Ideologie und Wirklichkeit einer europäischen Wettbewerbspolitik
Heft 14 der Schriftenreihe der Europa-Union,
zitiert : "Ideologie"
Düsseldorf 1964
- Dölle, H. Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte
Rabels Z 1961, 4
- Eiser, E. Energiewirtschaftsrecht-Kommentar
Stand 1. 11. 61
- Riederer, J. München-Berlin
- Sieder, F. München-Berlin

- Energiewirtschaftliches Institut Köln Die internationalen Zusammenhänge in der Energiewirtschaft
Heft 11 der Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Instituts an der Universität Köln
München 1960
- Eucken, W. Grundsätze der Wirtschaftspolitik
2. Auflage
Tübingen 1955
- Friedrich-Ebert-Stiftung Die Energiewirtschaft
Struktur, Organisation und Tendenzen Bd. I der Schriftenreihe der Forschungsstelle
Hannover 1960
- van der Elst-Salmon Définition de la notion "d'intérêt de la Communauté"
Rapport belge
Kolloquium Brüssel 1963
Mailand 1963
- Fikentscher, W. Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
München Berlin 1958
- Fikentscher, W. Rechtsgutachten über Fragen des Wettbewerbs der Verkehrsträger
Heft 24 und 28 (Ergänzungsband) der Schriftenreihe des Bundesministeriums f. Verkehr
Bad Godesberg 1963 und 1964
- Fischer, K.D. Elektrizitätsversorgung billig und sicher genug ?
EW 1962, 10
- Fischerhof, H. Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität
DÖV 57, 305
- Fischerhof, H. Wettbewerb in der Energiewirtschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
WUW 1959, 328
- Fischerhof, H. Europäisches Wettbewerbsrecht und Energiewirtschaft
BB 1962, 783
- Fischerhof, H. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Energiewirtschaft
Fragen der Vertragspraxis
BB 1958, 135
- Fleischer-Boll Der Beitrag der U.C.P.T.E. zur Vervollkommnung des Verbundbetriebes
EW 1961, 44
- Forsthoff, E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts
8. Auflage
München 1963

- Forsthoff, E. Die Daseinsvorsorge und die Kommunen
Köln-Marienburg 1958
- Forsthoff, E. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung
Stuttgart 1959
- Francescellì, R. Définition de la notion de service d'intérêt économique général Kolloquium Brüssel 1963
Rapport italien
Mailand 1963
- Friesenhahn, E. Grundgesetz und Energiewirtschaft
EW 57, 14
- v. Gamm, O.F. Das Kartellrecht im EWG-Bereich
Kartellrundschaу, Heft 3
Köln 1961
- v. Gamm, O.F. Der Wettbewerb der öffentlichen Hand
GRUR 1959, 303
- Genzsch, E.O. Der "billige Energiepreis" birgt hohe Risiken
ET 1962 S. 159
- Gleiss, A. EWG-Kartellrecht
- Hirsch, M. Kommentar
Heidelberg 1962
- Grassetti, C. Définition de la notion d'intérêt de la Communauté"
Rapport belge
Kolloquium Brüssel 1963
Manuskript
- v.d. Groeben, H. Kommentar zum EWG-Vertrag
- v. Boeckh, H. Band I und II
Bonn 1960
(zitierte Mitverfasser : Daig, Thiesing)
- v.d. Groeben, H. Die wirtschaftlichen Ziele des Gemeinsamen Marktes nach dem Übergang zur zweiten Etappe
GWF 62, 809
- Halstenberg, Fr. Gebietsschutz und sein Mißbrauch
ZfK 1962 Nr. 99
- Hamm, W. Der Strom könnte billiger werden
FAZ Nr. 143 v. 23.6.62
- Hamm, W. Wettbewerb für die Elektrizitätsmonopole
Eine Reform ist notwendig
FAZ v. 4.11.61 S. 5
- Hamm, W. Stromversorgung und Wettbewerb
FAZ v. 15.1.62 S. 13

- Hartmann, G. Bemerkungen zur Bestimmung der Begriffe "öffentliche Unternehmen", "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse", "Interesse der Gemeinschaft"
Kolloquium Brüssel 1963
Mailand 1963
- Heimann, E. Geschichte der volkswirtschaftlichen Lehrmeinungen
Frankfurt 1949
- Henrichs, W. Energieversorgungsverträge von Gemeinden
in : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Bd. III (1959) S. 893 ff.
- Hochbaum, M. Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG
Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, Band 13
Bonn 1962
- Huber, E. R. Wirtschaftsverwaltungsrecht
2. Auflage
Tübingen
Bd. I 1953 Bd. II 1954
- Huber E. R. Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht
DÖV 56, 205
- Hueck, A. Lehrbuch des Arbeitsrechts
Nipperdey, C. H. 6. Auflage
Berlin Frankfurt 1957
- Institut für Energierecht Bonn Kartellrechtsdiskussionen v. 29. 4. 62 Manuskript des Instituts
zit.: Bonner Kartellrechtsdiskussion
- Ipsen, H. P. Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt
NJW 64, 2336
- Jänicke, G. Die Sicherung des übernationalen Charakters der Organe internationaler Organisationen
Bruns Z 14 (1951/52) S. 48 ff.
- Kaufmann, H. Kommentar zum GWB
Rautmann, H. G. Köln Stand Dez. 1963
- Strickrodt, G. zit.: Frankfurter Kommentar
Kleemann, G. Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit Ausnahme der Bestimmungen über staatliche Beihilfen
Eine kritische Darstellung des Kartellrechts der EWG
Baden-Baden 1962

- Klöss, K. Ch. Der Verbundbetrieb und die Stromversorgung der U.C.P.T.E.-Länder im Jahre 1963
ET 64, 210
- Körfer, C.
Malzer, G. Wettbewerb zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor in der EWG Energie- und Versorgungswirtschaft
Kolloquium Brüssel 1963
deutscher Bericht
Broch., herausgeg. v. Dt. Industrieinstitut
Köln 1963 S. 94 ff.
- Kohl, O. Der Wettbewerb in der Energiewirtschaft und seine Grenzen
in : Der Volkswirt 1957
Beilage zu Nr. 36, S. 11
- Kreibaum, G. Die Auslegung des Vertrages zur Begründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Z Schw R 1964, 163 ff.
- Kutsch, H.
v. Krakewitz, E. Übernahme des Begriffs "service public" in das deutsche Recht ?
AÖR 79, 431 ff.
- Langen, E. Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Artikel 86 des EWG-Vertrages Studien zum Europäischen Wirtschaftsrecht, Bd. 2
Bonn 1959
- Langen, E. Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht (zitiert : Studien)
München Berlin 1963
- de Laubadère, M. Révalorisations récentes de la Notion de Service Public en Droit Administratif Français
Act. Jur. 1961 I, 951
- Lauterpacht, H. Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties
B. Y. 26 (1949) S. 48 ff.
- Lehmann, R. Zur Problematik der Integration der europäischen Elektrizitätswirtschaft. Beiträge zur reinen und angewandten Wirtschaftstheorie aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Seminar der Universität Kiel, Nr. 2
zitiert : "Integration"
Tübingen 1957
- Lilienfein, H. Finanzierungsprobleme der Elektrizitätswirtschaft
in : Der Volkswirt 1957
Beilage zu Nr. 36 S. 16

- Lilienfein, H. Elektrizitätsversorgung und Wettbewerb
EW 62, 57
- Loevinger, L. Die Rule of Reason im amerikanischen Antitrust-
recht
WUW 64, 588
- Malzer, G. Die Verlegung von Versorgungsleitungen über
(unter) fremde Grundstücke hinweg (§ 905 Satz 2
BGB)
in / VIK, Beiträge zum Energierecht
Essen 1959, S. 231 ff.
- Malzer, G. Energieversorgung und Kartellgesetz
WUW 1959, 780
- Malzer, G. EWG-Kartellrecht und Energieversorgung
WUW 63, 203
- Marjolin, R. Auf dem Wege zu einer gemeinsamen Energie-
politik
Zusammenfassung eines Vortrags
Bulletin der EWG 8 - 1962 S. 10 ff.
- Maunz, Th. Rechtsprobleme im Energiewirtschaftsrecht
Rechtsgutachten
Heidelberg 1958
desgl. Verwaltungs-Archiv 50, 315
- Melchinger, E. Der Monopolgedanke in der Energiewirtschaft
ET 51, 4 ff.
- Menges, N. Zur Bedeutung des EWG-Wettbewerbsrechts für
zwischenbetriebliche Rationalisierungsvorhaben
WUW 63, 783 ff.
- Menzel, E. Grundlagen der Ermittlung, Anwendungen und
Geltung von Normen des Völkerrechts
IuS 1963, 41 ff.
- Mesenburg, H. Zur Frage des Abbaues von Wettbewerbsverfälschun-
gen und -verzerrungen in den EWG-Staaten
BB 61, 141 ff.
- Mestmäcker, E.J. Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht
der Wettbewerbsbeschränkungen
Tübingen 1959
- Meyer-Cording, U. Die europäische Integration
Arch. VR 62/63 S. 55
- Meyer-Marsilius, H.J.: Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Wirt-
schaftsgemeinschaft
Baden-Baden 1960

- Meysenburg, H. EWG-Strompreisvergleich
ET 1962 S. 417
- Müller-Henneberg, H. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Schwartz, G. u. a. Kommentar 2. Auflage
Köln Berlin 1963
zit.: Gemeinschaftskommentar
- Müller-Armack, A. Studien zur sozialen Marktwirtschaft
Köln 1960
- Naudts, P. Förderung der industriellen Stromversorgung durch
ein vorbildliches belgisches Wegerecht
in: VIK, Beiträge zum Energierecht, Essen 1959,
S. 239 ff.
zitiert: Beiträge
- Nipperdey, C. H. Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz
Kartellrundschaу Heft 2 1961
- Nissen, W. Die Umformung der Handelsmonopole in der EWG
WUW 63, 106 ff.
- Nürck, R. Anpassungsprobleme der elektrizitätswirtschaftlichen
Preisstellung
ET 62, 263
- Obernolte, W. Öffentliche Unternehmen und Dienstleistungsunter-
nehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
im Wettbewerb des Gemeinsamen Marktes
EuroWi 60, 223 ff. und 241 f.
- OECD U. C. P. T. E.
Zum zehnjährigen Bestehen der Union für die
Koordinierung der Erzeugung und des Transports
elektrischer Energie
1951 - 1961
Heidelberg 1962
- Orianne, P. Définition de la notion de service c'interêt écono-
mique général
Kolloquium Brüssel 1963
Rapport belge
Mailand 1963
- Paulsen, A. Allgemeine Volkswirtschaftslehre
Bd. II
Berlin 1958
- Philippi, P. Das Verhältnis zwischen Energieversorgungsunter-
nehmen und Abnehmer im französischen Recht
VEnergR 7/8, 50

- Rasquin, G. Définition de la notion d'intérêt de la Communauté"
Kolloquium Brüssel 1963
Mailand 1963
- van Reepinghen, B. Procédure à suivre pour les litiges portés devant la
Commission Européenne et devant la Cour de Justice
Kolloquium Brüssel 1963
Mailand 1963
- Regul Wettbewerbsprobleme der Energieträger in interna-
tionaler Sicht
in : Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen
Instituts an der Universität Köln
Heft 10 (1959) S. 82
- Riese, O. Einheitliche Gerichtsbarkeit für vereinheitlichtes
Recht ?
Rabels Z 1961, 604 ff
- Roggendorf, A. "So sicher und billig wie möglich"
EW 62, 209 ff.
- Roller, H. Die Kunst der Strompreisbildung
in : Der Volkswirt 1957,
Beilage zu Nr. 36 S. 18
- Schelberger, H. Versorgungswirtschaft (zu § 103 GWB) in Gemein-
schaftskommentar
(s. unter Müller-Henneberg)
- Scheuten, G. H. Das Europäische Kartellrecht
Aus der Sicht der deutschen Versorgungswirtschaft
ET 62, 123
- Schmidt, R. Zu den rechtlichen Grundfragen des Gemeinsamen
Marktes
Heft 52/53 der Schriftenreihe der Jurist.
Studiengesellschaft
Karlsruhe 1962
- Schmitz, W. Das Recht der Energiewirtschaft im Ausland -
Westeuropa -
München 1953
- Schmölders, G. Steuerliche Wettbewerbsverzerrungen beim grenz-
überschreitenden Warenverkehr im Gemeinsamen
Markt
Köln 1962
- Schnur, R. Die Krise des Begriffs der Services Publics im
franz. Verwaltungsrecht
AÖR 79, 1419 ff.

- Schüler-Springorum, H. Inhalt und Grenzen der Staatsaufsicht nach dem
Energiewirtschaftsgesetz
VEnergR 1/2
- Schumacher, H. Die Bedeutung der Artikel 85, 86 EWG-Vertrag für
die deutsche Energiewirtschaft
VEnergR 7/8 S. 26 ff.
- de Snoy et
d'Oppuers, I. Ch. Définition de la notion d' "intérêt de la Communau-
te"
Kolloquium Brüssel 1963
Rapport international
Mailand 1963
- Sölter, A. Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-
Vertrag
WUW 1961, 665
- de Soto, J. Définition de la notion d' "intérêt de la Commu-
naute"
Kolloquium Brüssel 1963
Manuskript
- Spengler, A. Abgrenzungsfragen aus der Übergangszone zwischen
Kartell- und Montanunionsrecht
WUW 34, 753 ff.
- Spengler, A. Das marktbeherrschende Unternehmen
WUW 1961, 509-530
- Siegel, G. Die Elektrizitätsgesetzgebung der Kulturländer der
Erde
Bd. I : Deutschland
Bd. II : Westeuropa
Berlin 1930
- Stern, Kl. Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzes-
sionsvertrages
AÖR Bd. 84 S. 137 ff. S. 273 ff. 1959
- Strahring, W. Der Irrweg eines Journalisten
EW 1961, 823
- Strahring, W. Monopol und Macht im Stromgeschäft
Die Öffentliche Wirtschaft
Sonderausgabe "75 Jahre öffentliche Elektrizitäts-
versorgung"
1959 S. 11 ff.
- Stumpf, R. Die Monopolstellung der Elektrizitätsversorgungs-
unternehmen
Kommunalwirtschaft 63, 60 ff.

- Thiesing, J. Wettbewerbsregeln (Art. 85-94)
Angliederung der Rechtsvorschriften in
Groeben-Boeckh a. a. O.
- U.C.P.T.E. Zehn Jahre zwischenstaatlicher Elektrizitätsverbund
Energie
1961, 325
- U.C.P.T.E. Wesen, Aufgaben und Erfolge der Union pour la
Coordination de la Production et du Transport de
l'Electricité
Heidelberg 1959
- Ulmer, P. Der Unternehmensbegriff im Vertrag der Europäischen
Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Neue Folge Nr. 7,
Heidelberg 1960
- Ule, C.H. Der öffentliche Dienst : in : Bettermann - Nipperdey
Die Grundrechte IV, 2
Berlin 1962
- Verdroß, A. Völkerrecht
- Zemanek, A. 4. Auflage
Wien 1959
- VerLoren van Themaat, P. Ist eine Harmonisierung des Wettbewerbs und des
Wettbewerbsrechts im Gemeinsamen Markt mög-
lich ?
Vortrag, gehalten auf der Fachtagung der Friedrich-
Ebert-Stiftung zum Thema "Wettbewerb und Wett-
bewerbsrecht im Gemeinsamen Markt"
Bad Godesberg 1962
unveröff. Manuskript zit. : Harmonisierung
Gedanken zur Wettbewerbspolitik im Gemeinsa-
men Markt
WUW 63, 555
- VerLoren van Themaat, P. Der Demarkationsvertrag im Gefüge der in der Ver-
sorgungswirtschaft üblichen Verträge
EW 63, 645
- Vetter, O. Die Auffassung der deutschen industriellen Energie-
wirtschaft zu Art. 85 ff. EWGV v. 30.8.1962
Manuskript
- VIK Memorandum der VIK an die Kommission v.
21.9.62 betr. die Verstaatlichung der italienischen
Elektrizitätswirtschaft
Manuskript

- de Visscher, Ch. Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public
Paris 1963
- Vos, I. L. Wettbewerb in der Elektrizitätsversorgung
ET 63, 326
- Waline Droit Administratif
9. Auflage
Paris 1963
- Weisser, G. "Wirtschaft"
in : Handbuch der Soziologie
Stuttgart 1956 S. 1043 ff.
- Wengler, W. Völkerrecht
Bd. I
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1964
- Wessels, Th. Marktfragen in der öffentlichen Energiewirtschaft
in : Der Volkswirt 1957
Beilage zu Nr. 36 S. 8
- Wessels, Th. Die Stellung der Energiewirtschaft in der Wettbewerbswirtschaft
in : Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Instituts an der Universität Köln
Heft 10 (1959) S. 42
- Wessels, Th. Strukturelle Verschiebungen in der Deckung des Energiebedarfs der Bundesrepublik von 1951 bis 1958
in : Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Instituts an der Universität Köln
Heft 10 (1959) S. 15
- Wessels, Th. Sind die deutschen Strompreise zu hoch ?
FAZ Nr. 301 v. 28.12.62
- Wissenschaftl. Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft Gutachten v. 12.5.53
Schriftenreihe des Beirats
Bd. I 1954 Bd. IV
Gutachten
- Wohlfarth-Everling Gläsner-Sprung Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Kommentar zum Vertrag
Berlin Frankfurt 1960
- Wolf, E. Zum Kartellrecht der EWG
WUW 63, 645 ff.
- Würdinger, H. Theorie der schlichten Interessengemeinschaften
München 1934

- Wüst, G. Die Interessengemeinschaft
Ein Ordnungsprinzip des Privatrechts
Frankfurt 1958
- Zeiss, Fr. Dirigismus auf dem Energiemarkt
Die Wettbewerbspositionen sind allenthalben
verfälscht
in : Deutsche Zeitung und Wirtschafts-Zeitung
v. 4. 1. 58 Nr. 1
- Zinkahn, W. Zur Situation und Entwicklung der Europäischen
Elektrizitätsversorgung
EW 1961, 813

Abkürzungen

ABl	Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften
ACP	Archiv für die civilistische Praxis
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
Arch. V. R.	Archiv für Völkerrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bruns Z	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
BT	Deutscher Bundestag
B. Y.	British Yearbook
C. E.	Entscheidungssammlung des Conseil d'Etat
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
ESKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EnWG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EuroWi	Europäische Wirtschaft
EVU	Elektrizitätsversorgungsunternehmen
EW	Elektrizitätswirtschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
EuGH	Rechtssprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWF	Das Gas- und Wasserfach
J. O.	Journal Officiel de la République Française
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAO	Konzessionsabgabenordnung
M. B.	Moniteur Belge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rabels Z	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn.	Randnote

RGB1	Reichsgesetzblatt
UCPTE	Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Electricité
VEnergR	Veröffentlichungen des Institutes für Energierecht an der Universität Bonn
VIK	Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZfK	Zeitschrift für kommunale Wirtschaft
Z. Schw. R.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

E i n l e i t u n g

1. Vorbemerkung zur Problematik

"Reichlichere und billigere Energie ist ein fundamentales Element des wirtschaftlichen Fortschritts. Deshalb muß alles getan werden, um den Austausch von Gas und elektrischem Strom zu fördern, der geeignet ist, die Rentabilität der Investitionen zu erhöhen und die Preise für die Versorgung zu senken. Es soll untersucht werden, mit welchen Methoden die Energieerzeugung und der Energieverbrauch unter gemeinsamen Gesichtspunkten koordiniert und die allgemeinen Richtlinien einer gemeinsamen Politik festgelegt werden können" (1). So lautet der Vorschlag des Schlußkommunikés der Messina-Konferenz vom 3. 6. 1955.

Wer im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (2) eine entsprechende Regelung finden will, wird vergeblich danach suchen.

Die Eingliederung der Elektrizitätswirtschaft der Mitgliedstaaten in den Gemeinsamen Markt ist 6 Jahre nach der Gründung der Gemeinschaft noch weitgehend ungeklärt. Anstatt, wie ursprünglich vorgesehen, die Versorgungswirtschaft im Rahmen einer gemeinsamen Politik zu integrieren, hat der Vertrag die grundsätzliche Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln statuiert: Nach Art. 90 II EWGV gelten

"für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind ... die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft".

Mit Recht hat man darauf hingewiesen (3), es fehle ein eindeutiger Hinweis auf die Versorgungswirtschaft. Die h. A. (4) hält indes Art. 90 II auf die Versorgungs-

-
- (1) Schlußkommuniké der Konferenz von Messina I, 2. Abgedruckt in Europa, Dokumente zur Frage der europäischen Einigung III, Teilband S. 1240 München 1962
 - (2) EWGV. Die im weiteren ohne Gesetzesangabe zitierten Vorschriften sind solche des EWGV.
 - (3) Fischerhof BB 62, 783; VIK v. 30. 8. 62 S. 19; Frankf. Komm. A24 zu Art. 85.
 - (4) Amtliche Erläuterungen der Bundesregierung zum EWGV BT-Drucksache 3440 S. 127 ff.; Günther WUW 57, 288; Thiesing in von der Groeben-von Boeckh A5 zu Art. 90; Everling a. a. O. 4 zu Art. 90; Scheuten ET 62, 128; Malzer WUW 63, 203; Kleemann a. a. O. S. 61; Deringer Rdn. 82 zu Art. 90; Frankf. Komm. Vorbem. zu Art. 85 ff. Tz 24; GemKomm. Rdn. 70 d. Erl. d. EWG Kart. R.

wirtschaft für anwendbar. Inwieweit dies zutreffend ist und zu sachgemäßen Ergebnissen führt, ist bisher noch ungeklärt.

Die Kommission hat sich trotz ihres Auftrags in Art. 90 III, auf die Anwendung der Vorschrift zu achten, starke Zurückhaltung auferlegt (1). Dabei wirkte ohne Zweifel die gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen beschränkte Zuständigkeit der EWG hemmend auf die Initiative der Kommission : Die Voraussetzungen der Integration der Europäischen Energiewirtschaft zu schaffen, obliegt zwei weiteren Organisationen, nämlich der Euratom-Gemeinschaft für die Kernenergie sowie der EGKS (Montanunion) für Kohle. Diese Dreispurigkeit ist einer Lösung der Integrationsprobleme der Energiewirtschaft nicht förderlich, denn gerade auf diesem Wirtschaftsbereich besteht die Gefahr einander widersprechender wirtschaftspolitischer Maßnahmen in den verschiedenen Gemeinschaften. Die geplante Fusion der drei Gemeinschaften würde zweifellos neue Impulse wecken.

Ein weiterer Grund für die Zurückhaltung der Kommission liegt wohl auch in der

-
- (1) Die jährlichen Gesamtberichte der Kommission erwähnen die Ausübung der Befugnisse nicht. Die Antwort auf die Anfrage Bургbacher (ABl 63, 2235 = WUW/EEV 68) ist den Problemen ausgewichen und hat zur Klärung nicht wesentlich beigetragen. Die Kommission hat allerdings einen Strompreisvergleich durchführen lassen, auf dessen Bedeutung im Text noch einzugehen sein wird. - Ähnlich zurückhaltend : Cartou a. a. O. und Alder a. a. O., die in ihren Monographien die Probleme des Art. 90 II völlig außer Acht lassen. Häufig wird bei der Kommentierung des Art. 90 II die Versorgungswirtschaft als typisches Beispiel genannt, ohne dies jedoch näher zu begründen. Erstmals eingehend : Deringer Rdn. 64 ff. zu Art. 90. - Beachte auch das Allgemeine Programm des Rates zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom 5. 1. 62 ABl 62, 364, Hauptgruppe 54 für Elektrizität, Gas und Dampf. Ob damit die öffentliche Versorgung gemeint ist, geht aus dem Programm nicht hervor. Beachtlich allerdings auch die Aussprache ABl 62, 345 ff. = ET 62, 99, wo die volle Liberalisierung der Energiepolitik für unmöglich gehalten wird und den Mitgliedstaaten eine gemeinsame Handelspolitik auf dem Energiesektor empfohlen wird. Desgleichen wird gefordert, "daß von den Regierungen und den Institutionen der Gemeinschaft die Errichtung von die Koordinierung der Investitionen auf dem Energiesektor gewährleistenden Mechanismen geprüft wird". (Ziff. 16) Vgl. hierzu die eingangs zitierte Entschließung der Messina-Konferenz.

Tatsache, daß sich bereits vor Gründung der EWG eine Zusammenarbeit der nationalen Elektrizitätswirtschaften gebildet hatte, deren Tätigkeit sich als außerordentlich nützlich erwiesen hat (1).

2. Auslegungsprobleme des Art. 90 II

Die vorliegende Arbeit hat die rechtliche Eingliederung der Elektrizitätswirtschaft in den Gemeinsamen Markt zu klären. Eine Untersuchung des Art. 90 II EWGV hierzu ist nur dann sinnvoll, wenn zu entscheiden ist, daß die Elektrizitätswirtschaft nicht von vornherein aus dem Kreise der Unternehmen des Art. 90 II ausscheiden muß. Zu diesem Zwecke, sowie zur Darlegung der sich stellenden Probleme sei zunächst der Versuch einer Wortinterpretation unternommen.

Gegenstand der Unternehmen ist die Erbringung von "Dienstleistungen". Nach der Legaldefinition des Art. 60 I EWGV sind Dienstleistungen "entgeltliche Leistungen, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr sowie über die Freizügigkeit von Personen unterliegen". Die Abgrenzung vom Warenverkehr sowie der zwar nicht abschließende Katalog des Art. 60 II machen deutlich, daß der Dienstleistungsbegriff des Art. 60 lediglich immaterielle Leistungen umfaßt. Ob dies auch für die Dienstleistungen des Art. 90 II 2 zu gelten hat, ist zweifelhaft, denn die Vorschrift regelt ausdrücklich auch die Entwicklung des "Handelsverkehrs", was gleichbedeutend ist mit "Warenverkehr". Der Wettbewerb ist eines der wichtigsten Instrumente des freien Warenverkehrs. Die Eingliederung des Art. 90 II in die Wettbewerbsregeln spricht somit gegen einen einheitlichen Dienstleistungsbegriff für den gesamten EWGV. Die reine Wortauslegung muß daher bei der Lösung des Problems versagen. Für die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Elektrizitätswirtschaft ergibt sich folgendes: Trotz seiner physikalischen Eigenschaft ist der Strom bei wirtschaftlicher Betrachtung Ware. Nur ein weiter, über die Legaldefinition des Art. 60 hinausgehender Dienstleistungsbegriff erlaubt eine Lösung der Probleme der Elektrizitätswirtschaft im Rahmen des Art. 90 II. Dies läßt sich nicht ausschließen.

Die Dienstleistungen des Art. 90 II werden näher gekennzeichnet als "von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse". Jedes Interesse setzt begrifflich einen Träger

(1) Die UCPTE (Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Electricité) ist die überstaatliche Betriebshilfeorganisation der Europäischen Elektrizitätswirtschaft. Ihr gehören Unternehmen der 6 Mitgliedstaaten der EWG, der Schweiz und Österreichs an. Ihre wirtschaftliche und wettbewerbsrechtliche Bedeutung ist im II. Hauptteil näher zu untersuchen.

voraus. Im vorliegenden Falle ist das Interesse der "Allgemeinheit" zugeordnet. Darunter ist eine allumfassende Vielzahl von Personen zu verstehen. Noch nicht geklärt ist damit jedoch, was diese Personenmehrheit rechtlich zu einer Einheit macht. Hierüber gibt auch das Wort "wirtschaftlich" keinen Aufschluß: Ein Vertrag zur Gründung einer Wirtschaftsgemeinschaft regelt in erster Linie (1) wirtschaftliche Belange. Ob dem Begriff "wirtschaftlich" in Verbindung mit "allgemeines Interesse" eine spezifische Bedeutung zukommt oder er nur einen überflüssigen Hinweis auf den Vertragsinhalt gibt, vermag im Wege der Wortauslegung nicht entschieden zu werden.

Die Unternehmen sind mit Dienstleistungen "betraut" (charge, incaritato, belast). Hierbei handelt es sich um keinen technischen Begriff einer der Vertragssprachen. Betrauen ist synonym mit "anvertrauen". Darunter kann man ein Rechtsverhältnis zwischen Betrauendem und Betrautem verstehen, aufgrund dessen der Betraute - hier das Unternehmen - eine "besondere Aufgabe" erfüllt.

Die den Unternehmen übertragene "besondere Aufgabe" umschreibt nach dem Wortlaut besondere Pflichten. Daß damit auch besondere Rechte verbunden sind, ist nicht auszuschließen. Die Pflichten, bzw. Rechte im Wege der Auslegung inhaltlich zu konkretisieren bedarf weiterer Überlegungen als sie der Wortauslegung zu Gebote stehen. Offen bleiben müssen auch die Fragen, ob Art. 90 II hierbei an einen bestimmten formellen Rechtsakt anknüpft, von wem die Betrauung bzw. Übertragung ausgeht und welche Rechtsordnung für die Betrauung maßgeblich ist.

Es sind keine Gründe ersichtlich, die bei dem bisherigen Stande der Untersuchung die Unanwendbarkeit des Art. 90 II für die Elektrizitätswirtschaft indizieren, denn es handelt sich hierbei um einen Wirtschaftsbereich besonderer Eigenart, für den in den einzelnen Mitgliedstaaten spezielle Regelungen bestehen (2).

Art. 90 II 1 bestimmt die generelle Anwendbarkeit der Vertrags- insbesondere der Wettbewerbsregeln für die Dienstleistungsunternehmen. Hieraus ergibt sich, daß Art. 90 II trotz seiner Eingliederung in die Wettbewerbsregeln systematisch eine allgemeine Vertragsvorschrift ist. Die Anwendung der Vertragsregeln ist jedoch ausgeschlossen, "soweit nicht hierdurch die Erfüllung der besonderen Aufgabe verhindert wird". Möglich ist, daß die Anwendung der Vertragsregeln negative Auswirkungen auf die Unternehmen hat, die sich aus deren besonderer wirtschaftlicher Eigenart ergeben können. Denkbar ist aber auch ein Schutz der Unternehmen vor den wirtschaftlichen Risiken des freien Wettbewerbs, der nur durch nationale Eigeninteressen gerechtfertigt ist. Der rechtspolitische Zweck der Vorschrift läßt sich aus deren Wortlaut nicht bestimmen.

(1) neben politischen Fragen.

(2) S. u. II. Teil B.

Die Vertragsregeln sind anwendbar, soweit dies nicht zu einer "Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe" führt. "Verhindern" ist mehr als nur "behindern" und bedeutet "völlig unmöglich machen". Der Aussagewert dieser Feststellung ist jedoch nur relativ, solange der materielle Inhalt und die rechtliche Tragweite des Begriffs "besondere Aufgabe" nicht geklärt sind.

Was die Anwendbarkeit der Vertragsregeln betrifft, so kann sie generell für alle Vorschriften gelten und sich an dem Grade der potentiellen negativen Auswirkungen orientieren. Mit dem Wortlaut wäre aber auch eine Betrachtungsweise vereinbar, die die einzelnen Normen in generell anwendbare und von der Anwendung völlig ausgenommene unterscheidet. Denkbar wäre schließlich eine individualisierende, auf die Unternehmen bezogene Auslegung. Die führte zu einer Anwendung aller Vertragsregeln für einen Teil der Unternehmen, sofern sie ihnen keine wesentlichen Nachteile brächte. So könnte etwa aufgrund der Unternehmensgröße der Verlust von Geschäftsverbindungen bis zu einem gewissen Grad überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Bei weniger leistungsfähigen Kleinunternehmen würde dagegen möglicherweise die Erfüllung der besonderen Aufgabe sehr schnell eintreten. Die letztere Auslegung stimmt offensichtlich nicht mit den Vertragszielen überein und läßt sich bereits an dieser Stelle ausscheiden.

Nach Satz 2 des Art. 90 II darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Der Vertrag nimmt somit eine Gewisse Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs durch die partielle Nichtanwendbarkeit der Vertragsregeln in Kauf. Schwierigkeiten bietet die Abgrenzung, zumal der Begriff "Interesse der Gemeinschaft" nirgends definiert ist. Er läßt sich somit nur im Wege systematischer Auslegung bestimmen. Dabei bleibt zu untersuchen, ob ein Interesse der Gemeinschaft schlechthin existiert, oder ob dies sich nicht an jeder typischen Interessenlage orientiert und somit ein dynamisches Element enthält. Hiervon hängt die Beurteilung der systematischen und inhaltlichen Bedeutung des Nachsatzes ab.

Zusammenfassend bleibt beim Versuch einer Wortauslegung eine Vielzahl entscheidender Fragen ohne sichere Ergebnisse. Es zeigten sich auch keine sicheren Anhaltspunkte, wonach die Elektrizitätswirtschaft aus dem Kreise der Dienstleistungsunternehmen des Art. 90 II ausscheidet.

Im folgenden ist Art. 90 II mit allen zu Gebote stehenden Mitteln auszulegen. Dabei kommt es entscheidend darauf an, eine in sämtlichen Mitgliedstaaten angewandte Methode aufzufinden. Nur dann besteht Aussicht auf allgemeine Anerkennung der Ergebnisse.

3. Zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge

Der Vertrag zur Gründung der EWG ist wie alle übrigen supranationalen Verträge über die wirtschaftliche Zusammenarbeit der westeuropäischen Staaten ein völkerrechtlicher Vertrag, wenn diese sich auch wegen der engeren Verflechtung und der Schaffung eigener Organe mit eigenen Durchsetzungsbefugnissen von den herkömmlichen bi- und multilateralen Verträgen wesentlich unterscheiden. Trotz einer bereits Jahrhunderte währenden Diskussion über die Methoden der Auslegung (1) hat sich bisher kein einheitliches System der Auslegung durchgesetzt. Allerdings bestehen die Meinungsverschiedenheiten weniger in der Anerkennung der einzelnen Auslegungsmittel als solcher, als vielmehr in der Beurteilung deren Rangfolge (2).

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann kein umfassender Überblick über die Vielzahl von Publikationen gegeben werden. Sie folgt im wesentlichen den 1963 veröffentlichten Monographien von Bernhardt, Degan und de Visscher (3), die im Ausgangspunkt am ehesten die Voraussetzungen einer Anerkennung durch die Jurisprudenz sämtlicher Mitgliedstaaten erfüllen können. Die genannten Autoren sind sich in der Heranziehung der internationalen Rechtsprechung (4) als wichtigster Quelle für die Feststellung von Auslegungsregeln einig und versuchen, diese in eine gewisse Rangordnung einzuweisen. Dabei läßt sich nicht verkennen, daß auch die Rechtsprechung niemals einem starren Schema gefolgt ist. Dies verbietet die Eigenart eines jeden Einzelfalles, insbesondere der Unterschied in den jeweils vorhandenen Erkenntnismitteln.

Ausgangspunkt (5) einer jeden Auslegung muß der zu interpretierende Text sein. Eine Deutung, die sich vom Wortlaut loslöst, erfüllt nicht mehr die Erfordernisse einer Auslegung.

-
- (1) Geschichtlicher Überblick seit Grotius : insbes. Degan a. a. O. S. 25 ff., s. aber auch Bernhardt S. 5 ff.
 - (2) Einige Autoren legen keinen Wert auf die Bestimmung des Rangs. Vgl. Menzel Katalog (Lehrbuch S. 264), der folgende Reihenfolge bestimmt : 1. systematische, 2. funktionale, 3. rechtslogische, 4. historisch-genetische, 5. wörtlich-grammatikalische Auslegung. S. auch Berber I. S. 443 f.; Verdross a. a. O. S. 144 ff.; Wengler S. 352 ff.
 - (3) Jeweils a. a. O.
 - (4) Eine besonders eingehende Zusammenstellung der Rechtsprechung geben Bernhardt a. a. O. und Degan a. a. O.
 - (5) Die Systematik der Darstellung folgt Bernhardt.

Dem Wortlaut eines Vertrags oder Gesetzes muß der Vorrang vor allen außerhalb liegenden Erkenntnismitteln zukommen. Ein klarer Text bedarf keiner weiteren Auslegung. Dies ist ein Gebot der Rechtssicherheit. In der Regel bringt diese Maxime aber auch den Willen der Vertragsschließenden zur Geltung, denn der Vertragstext ist der sichtbare Niederschlag des von den Parteien Gewollten (1). Man kann diese Auslegungsmethode eine "objektive" nennen, denn sie bevorzugt den objektivierten Willen vor dem möglicherweise abweichenden tatsächlichen Willen. Eine den Willen der Vertragspartner vorrangig behandelnde "subjektive" Auslegung war im monarchischen Zeitalter vorherrschend und eher sachgerecht, da die Staatsgewalt von nur einer Person repräsentiert wurde. Das moderne Gesetzgebungsverfahren ist demgegenüber viel zu komplex, als daß der Wille der Vertragspartner ohne weiteres feststellbar wäre. Es läßt sich dogmatisch kaum vertreten, etwa dem Willen der Vertragsunterhändler gegenüber den Vorstellungen der Parlamentarier oder der des Staatsoberhauptes allein maßgebliches Gewicht beizumessen. Eine Loslösung der Auslegungsproblematik von dem Dogma des Parteiwillens wird vor allem bei der Auslegung von multilateralen Vereinbarungen mit Dauerwirkung zunehmend befürwortet (2).

Die Auslegung von Tatbeständen, deren rechtliche Tragweite die Unterhändler oft garnicht voll überblickten, muß, um sich nicht dem Vorwurf der Lebensfremdheit auszusetzen (3), die Entwicklung der Gemeinschaft und der zwischenstaatlichen Verflechtung beachten. Diese können zu einer Emanzipierung der Vertragsregeln vom Willen der Vertragspartner führen.

Ist damit dem Wortlaut des Vertrags der Vorrang vor allen vertragsexternen Erkenntnismitteln zuzugestehen, so ist zunächst der Wortlaut der Vorschrift, und zwar jedes Wort für sich nach seinem gewöhnlichen Sinn auszulegen. Der Weg führt vom einzelnen Wort über den sachlich räumlichen Zusammenhang mit den Wendungen derselben Vorschrift zur Klärung der Nachbarschaft mit anderen Einzelbestimmungen, schließlich ist die Einordnung der Vorschrift in das Gesamtgefüge des Vertrages zu erörtern (4).

Völkerrechtliche Verträge sind als sinnvolles Ganzes gedacht. Deshalb mißt die internationale Rechtsprechung dem Vertragszweck, und zwar wie er im Vertrag, insbesondere dessen Präambel (5) und Grundsatznormen erkennbar seinen Nieder-

-
- (1) Zur Harmonisierung von (ungewollten) Textdivergenzen mehrerer gleichrangiger Vertragssprachen ; Dölle, Rabels Z 61, S. 4 ff.
 - (2) Bernhardt S. 15 ff. (22); Dölle a. a. O. S. 28; Kreibbaum 183, 194 f.; v. Boeckh a. a. O. Rdn. 2 zu Art. 8; de Visscher S. 17 ff.
 - (3) Bernhardt a. a. O. S. 22.
 - (4) Bernhardt S. 58 ff.; Berber, Lehrbuch I, 441 f.
 - (5) Bernhardt S. 89.

schlag gefunden hat, bei der Auslegung besondere Bedeutung zu (1). Dabei ist diejenige von mehreren möglichen Auslegungen zu bevorzugen, die am meisten zur Zweckerreichung beiträgt (Effektivitätsprinzip) (2). Gemeint ist damit der im Vertragstext erkennbare Zweck, nicht dagegen die hiervon losgelöste nach Ansicht des Interpreten zweckmäßigste Lösung (3).

Wenn auch die so geschilderte Auslegung des Vertrages aus sich heraus die vorrangige Methode darstellt, so vermag sie dennoch nur selten ein klares Bild zu vermitteln. In diesen Fällen ist sodann Raum für eine subjektive (d. h. historische) Auslegung unter Heranziehung außerhalb des Vertragstextes liegender Erkenntnismittel. Hierzu gehören vor allem die sogenannten *travaux préparatoires* (4).

Ihre subsidiäre Bedeutung als Hilfsmittel der Vertragsauslegung ist allgemein anerkannt (5). Allerdings besteht auch Einigkeit, daß äußerst behutsam vorzugehen ist: Nicht jeder Diskussionsbeitrag wird in der vertraglichen Regelung berücksichtigt, auch wenn er nicht ausdrücklich abgelehnt wird. Sind die Materialien und Motive eines Vertrages nicht veröffentlicht, wie dies bei dem EWGV der Fall ist, so haben diese ausnahmslos bei der Auslegung auszuschneiden. Eine Bindung an nicht erkennbare Pflichten wäre mit der Gleichheit und Souveränität der Partner nicht vereinbar (6). Häufig geben die Regierungen amtliche Begründungen für völkerrechtliche Verträge. Dabei handelt es sich streng genommen nicht um *travaux préparatoires*. Für die Aufhellung des wirklichen Willens der Vertragsunterhändler haben sie ebenfalls nur relativen Wert: Die amtlichen Begründungen dienen der politischen Absicht der Regierung, das Parlament für die Zustimmung der Gesetzesvorlage zu gewinnen. Sie geben häufig kein Bild von der tatsächlichen Verhandlungsposition der Regierungen (7). Andererseits müssen sie auch nicht mit den Ansichten der übrigen Regierungen über das Vereinbarte übereinstimmen. Immerhin haben die unabhängigen Generalanwälte amtliche Begründungen vor dem Eu. G. H. bereits zur Begründung ihrer Anträge herangezogen (8). Ein subsidiäres Auslegungsmittel wie die Vorarbeiten bilden nach der internationalen Rechtsprechung die besonderen

-
- (1) Degan S. 92 f.; Bernhardt S. 81 ff.; de Visscher a. a. O. S. 62 ff, 84 ff.
 - (2) Bernhardt a. a. O. S. 88; Kreibaum a. a. O. S. 184; Lauterpacht BY 26, 48 ff.
 - (3) Dieses Prinzip löste den früher geltenden Grundsatz der restriktiven souveränitätserhaltenden Vertragsauslegung ab. Degan S. 106 f.; Jänicke Bruns Z 14, 727 (729); de Visscher S. 84 ff, 121 ff.
 - (4) Verhandlungsniederschriften, Erklärungen etc., die dem Vertrag vorausgingen und dessen Abschluß und Inhalt erkennbar zum Gegenstand haben.
 - (5) Bernhardt S. 109 ff.; de Visscher S. 115 ff; Degan S. 119 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.
 - (6) Bernhardt S. 120.
 - (7) Kreibaum a. a. O. S. 179; a. A. Bernhardt S. 116.
 - (8) Nachweise bei Bernhardt S. 116 Fn. 566.

Begleitumstände des Vertragsabschlusses. Das Gleiche gilt für die bisherige Praxis und Tradition der Parteien. Als Hauptargument einer Auslegung sind diese Hilfsmittel allerdings ungeeignet.

Nach h. A. in Schrifttum und Rechtsprechung (1) kommt das spätere Verhalten der Vertragspartner als weiterer vertragsexterner Auslegungsfaktor in Betracht. Bei diesem Ausfluß des Rechtsgedankens von Treu und Glauben in Form des *venire contra factum proprium* besteht die Gefahr eines Abweichens vom Willen der Vertragspartner, aber auch vom Text selbst. Als Auslegungshilfe kommt somit das Verhalten der Parteien nur insoweit in Frage, als es mit dem Vertragstext noch vereinbar ist. Bei der Fortentwicklung auf die Dauer angelegter und institutionell verfestigter supranationaler Gemeinschaften gewinnt diese dynamische Betrachtungsweise in der Literatur (2) zunehmend an Bedeutung. Die internationale Rechtsprechung hatte bisher noch keine Gelegenheit, zu diesem Problem näher Stellung zu nehmen.

Führen Wortlaut und Ermittlung des Willens der Vertragspartner nicht zu sicheren Erkenntnissen, so ist in einer dritten Stufe die den Vertrag umgebende Rechts- und Lebensordnung zur Auslegung heranzuziehen (3). Hierzu gehören das Völkergewohnheitsrecht, die von den zivilisierten Staaten anerkannten Rechtsgrundsätze (4) sowie Anliegen der allgemeinen Lebens- und Sozialordnung. Gerade aber bei letzteren gebietet die Rechtssicherheit ein behutsames Vorgehen. Bei entgegenstehendem Vertragswortlaut muß dieser Auslegungsbehelf jedenfalls versagen.

Schließlich kann auf dieser Stufe bei Verträgen wie dem EWGV die Entwicklung der Organisation sowie die Praxis von deren Organen als Auslegungsfaktor für den Gründungsvertrag dienen. Die Praxis der Vertragsanwendung kann auf zwei verschiedenen Gebieten von Bedeutung sein : 1. Als zusätzliches Argument für eine sich auch auf andere Gesichtspunkte stützende Auslegung. 2. Zur Darlegung eines Bedeutungswandels des Vertragstextes in fortbestehender Übereinstimmung mit dem Text, jedoch unter Lösung von den ursprünglichen Intentionen der Vertragsunterhändler. Die Rechtsprechung beginnt diese Auslegungsmethode anzuerkennen, wenn sie auch einer erst kurzlebigen Praxis keine entscheidende Bedeutung zumißt (5). Eine über den Vertragstext hinausführende Praxis kann nicht als Auslegungsbehelf dienen, denn hierbei sind bereits die Grenzen der Vertragsauslegung überschritten (6).

(1) Bernhardt S. 126; Degan S. 130; de Visscher S. 121, jeweils mit weiteren Nachweisen.

(2) Vgl. insbes. Bayer, Rabels Z 20, 603; Bernhardt S. 133; de Visscher S. 153 ff. mit Hinweisen.

(3) Bernhardt S. 134 ff.

(4) Vgl. Art. 38, 1 c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs, S. auch de Visscher a. a. O. S. 219 ff.

(5) Bernhardt S. 171 mit Nachweisen.

(6) Bernhardt S. 174

Die dargestellten Auslegungsstufen betrafen spezifisch völkerrechtliche Bereiche. Ihre Rangfolge bestimmte sich nach ihrer Nähe zum Vertragswortlaut. Daneben verbleiben allgemeine Auslegungsregeln, die der formalen juristischen Logik und Dogmatik zugehören. Gemeint sind etwa die Analogie, die Auslegung contra proferentem, sowie die *argumenta e contratio* oder *a fortiori*. Ihre Relevanz ist in der Literatur umstritten (1), auch die Rechtsprechung ist uneinheitlich und ganz auf den jeweils zu entscheidenden Fall abgestimmt. Die Tatsache, daß diese Auslegungskriterien hauptsächlich dem römischen Recht entstammen, dessen Tradition nicht sämtliche Völker folgen und dessen soziale Voraussetzungen andere waren als die des modernen Sozialstaates (2), sind keine entscheidenden Argumente, zumindest nicht für das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Die Mittel der juristischen Logik sind somit nicht völlig auszuschließen, wenn ihnen auch eine weniger starke Argumentationskraft zukommt als den zuvor dargelegten Auslegungsbehelfen. Eine eigenständige (4.) Auslegungsstufe stellen sie nicht dar. In der Regel sind sie bereits auf der ersten Auslegungsstufe zu erörtern.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Auslegung in 3 Stufen zu erfolgen hat: 1. Auslegung des Textes aus sich heraus, 2. Heranziehung vertragsexterner Erkenntnismittel zur Klärung des Parteiwillens, 3. Subsidiär ist die den Vertrag umgebende Lebens- und Sozialordnung von der Rechtsprechung und Lehre als Auslegungsbehelf anerkannt.

Die neuere Lehre beginnt zwischen völkerrechtlichen Verträgen herkömmlicher Art und supranationalen Verträgen mit institutionellen Verfestigungen zu differenzieren und die Auslegungsregeln dynamischer zu gestalten, um die Zwecke der Gemeinschaft möglichst weitgehend zu verwirklichen. Dies geschieht einmal in der Zurückdrängung des wirklichen Willens der Parteien bei Vertragsabschluß hinter den objektivierten Willen des Vertrages, zum anderen in der Lösung der Auslegungsproblematik vom Souveränitätsdenken. Dabei ist weiterhin das oberste Gebot einer Auslegung deren Vereinbarkeit mit dem Vertragswortlaut.

Die Darlegung der Ergebnisse der neueren Forschung hat gezeigt, daß es zwar eine relativ genaue, rational erfaßbare Auslegungssystematik gibt. Diese hat allerdings Grenzen, denn die praktische Auslegung läßt sich nicht auf ein statres Schema festlegen. Will sie ihr Ziel erreichen, nämlich zu einem von Willkür und Diskriminierungen freien, zweckmäßigen Ergebnis zu verhelfen, so bleibt auch die Auslegung völkerrechtlicher Verträge eine Kunst: *Ars boni et aequi* (3).

(1) Bernhardt S. 175 ff.; de Visscher S. 113; Degan S. 113 ff. (116).

(2) Bernhardt a. a. O. S. 175 (181); Degan S. 100 ff.; s. auch de Visscher S. 38 ff., 110 ff. (113).

(3) Dölle a. a. O. S. 29; de Visscher a. a. O. S. 13; Degan S. 164; Berber S. 442.

4. Zum Aufbau der Untersuchung

Die Darstellung der besonderen und allgemeinen Auslegungsprobleme lassen es zweckmäßig erscheinen, die Untersuchung in zwei Teile zu untergliedern.

Der erste Teil wird sich ausschließlich mit der Auslegung des Art. 90 II befassen und die Prüfung der speziellen Anliegen der Elektrizitätswirtschaft dem zweiten Teil vorbehalten. Geht man bei der Auslegung des Art. 90 II von einem bestimmten Wirtschaftsbereich aus, so besteht die Gefahr, dessen Eigenheiten in die Vorschrift hineinzuzinterpretieren, und dabei den Gehalt der Vorschrift zu sehr auf diesen Teilbereich spezialisiert zu betrachten. Da Art. 90 II jedoch keinen eindeutigen Hinweis auf die zu prüfende Elektrizitätswirtschaft gibt (1), ist die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht zu unterstellen. Die in Art. 90 II geregelten Bereiche der Dienstleistungswirtschaft unterliegen - das zeigt der erste Blick, insbesondere auch der gesetzessystematische Zusammenhang mit Art. 90 I - einem besonderen staatlichen Einfluß, den der Vertrag bereits vorfindet. Diese Intervention wird aufgrund der Eigenständigkeit der Entwicklung der Rechtsordnungen in den einzelnen Mitgliedstaaten durchaus in Form und Ausmaß nicht gleichartig sein. Hauptproblem der Auslegung des Art. 90 II ist deshalb, festzustellen, ob die Vorschrift von einem einheitlichen, d. h. materiellen Prinzip der staatlichen Eingriffe ausgeht, und inwieweit diese in den Gemeinsamen Markt einzugliedern sind (2) (3). Es ist zu versuchen, die Vorschrift so auszulegen, daß sie eine gleiche Anwendung bei möglichst weitgehender Integration, jedoch unter Vermeidung neuer Wettbewerbsverzerrungen zuläßt. Dies ist nur dann möglich, wenn die dogmatischen Grundlagen der besonderen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Behandlung dieser Unternehmen geklärt sind. Die vorliegende Untersuchung ist eine juristische. Sie wird deshalb die Vorschrift des Art. 90 II unter juristischen Gesichtspunkten und mit rechtswissenschaftlichen Methoden auszulegen versuchen. Wirtschafts- oder energiepolitische Aspekte müssen weitgehend außer Acht bleiben. Da der Wett-

(1) Fischerhof BB 62, 783; vgl. auch Frankf. Komm. A 24 zu Art 85; Deringer Rdn. 69 zu Art. 90.

(2) So sind etwa nach der Ordnung des Gesetzes Eingriffe in die Handlungsfreiheit und somit auch in die freie unternehmerische Betätigung nur dann zulässig, wenn es der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erfordert. - Nipperdey, Marktwirtschaft und Grundgesetz S. 40; E. R. Huber DÖV 56, 205; Münch JZ 60, 303.

(3) Die Einblendung des hoheitlichen Faktors in die Aufgaben der internationalen Wirtschaftsorganisation nennt Reimer Schmidt, Grundfragen des Gemeinsamen Marktes S. 7 "eines der eigentlichen Probleme unserer Zeit".

bewerb jedoch eine ökonomische Kategorie darstellt, ist es notwendig, im Einzelfalle auch die wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten zu berücksichtigen, um von da eine sachgemäße Auslegung der Vorschrift zu gewährleisten.

Im zweiten Teil sollen die Ergebnisse der Auslegung des Art. 90 II dazu dienen, festzustellen, ob und inwieweit die Elektrizitätswirtschaft unter diese Regelung fällt. Dabei ist vor allem das Problem zu klären, ob der EWGV eine parallele, dem Wettbewerb der Unternehmen dienende Leitungsverlegung als angemessenes Mittel der Integration betrachtet und ggfls. welche Alternativen der Vertrag vorsieht.

Von besonderem Interesse für die deutsche Elektrizitätswirtschaft ist die kartellrechtliche Wertung der unter die Bereichsausnahme des § 103 GWB fallenden Verträge nach dem EWGV.

I. T E I L

Auslegung des Art. 90 II

A. Bestimmung des Kreises der Unternehmen

I. Überblick über das Schrifttum (1)

In den bisher vorliegenden rechtswissenschaftlichen Untersuchungen zu Art. 90 II (2) herrscht noch weitgehende Uneinigkeit in der Bestimmung der Kriterien sowie des Kreises dieser Unternehmen. Art. 90 II 1 enthält formelle, d.h. an innerstaatliche Tatbestände anknüpfende, und materielle Kriterien. Auf den ersten Blick zählen zur ersten Gruppe die Merkmale "betraut" und "übertragene Aufgabe", während die Begriffe "Dienstleistungen", "allgemeines wirtschaftliches Interesse" die Unternehmen mehr nach ihrer Funktion konkretisieren, und somit zur zweiten Gruppe gehören. Ob undinwieweit diese Betrachtungsweise durchführbar ist, wird die folgende Untersuchung zu erweisen haben. Die im Schrifttum vertretenen Ansichten divergieren hauptsächlich in der Bedeutung, die sie dem jeweiligen hoheitlichen Einfluß auf das allgemeine wirtschaftliche Interesse beimessen.

A. Orianne (3) setzt - von der belgischen Rechtspraxis ausgehend - den Begriff "service d'interêt général" mit dem bei der Durchführung des "Service Public" obwaltenden öffentlichen Interessen gleich. Je nach der Rechtsform unterscheidet das belgische Recht die "services publics organiques", darunter fallen sämtliche öffentliche Unternehmen, sowie die "entreprises privées gérant un service public", als der Service Public der Privatunternehmen (4). Beim Service Public Organique entscheidet allein die Organisation der Unternehmen. Ihm gehören die in die öf-

-
- (1) Die Mehrzahl der im folgenden ausgeführten Untersuchungen sind Beiträge zu einem im März 1963 von der Internationalen Liga gegen den Unlauteren Wettbewerb in Brüssel veranstalteten Kolloquium. Das Generalthema lautet: Concurrence entre le secteur public et le secteur privé. Die Niederlande haben als einziger Mitgliedstaat hierzu keine Wissenschaftler entsandt.
 - (2) Diese Arbeit befaßt sich nicht mit den Finanzmonopolen, die durch ihre Zweckbestimmung, dem Staat Einnahmen zu verschaffen, keine Definitionsschwierigkeiten bereiten.
 - (3) Belgischer Bericht a. a. O. S. 4
 - (4) Buttgenbach, Manuel S. 63.

fentliche Verwaltung eingegliederten Unternehmen und die Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Rechtspersönlichkeit an. Jedes öffentliche Unternehmen ist gleichzeitig ein solches des Service Public. Weiter gelten diejenigen Privatunternehmen also solche des Service Public, deren Aufgabe der Staat als öffentliche anerkennt, in dem er sie reglementiert oder sich zumindest die Oberaufsicht (haute direction) vorbehält. Materielle Kriterien haben sich in Belgien für die Bestimmung des Service Public nicht herausgebildet. Hierüber entscheidet der Gesetzgeber. Zu bemerken ist allerdings, daß Belgien eine marktwirtschaftliche Ordnung entwickelt hat, in der sich der Staat weitgehend der Intervention enthält. Nur hieraus läßt sich die Ansicht Oriannes verstehen, die Mitgliedstaaten könnten kraft ihrer Souveränität den Kreis der unter Art. 90 II fallenden Unternehmen bestimmen. In diesem Falle spreche eine unwiderlegliche Vermutung für die Übereinstimmung der öffentlichen Interessen mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse i. S. des Art. 90 II.

b. An das Institut des Service Public, allerdings wie es die Judikatur des franz. Conseil d'Etat in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, knüpft Drago (1) an. Im Gegensatz zu Orianne aber nennt er den Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einen materiellen, der von der Art der Zielsetzung des Unternehmens abhängt.

In Frankreich stimmt nach Drago das allgemeine wirtschaftliche Interesse mit dem service public industriel et commercial überein (2).

Um die Rechtsangleichung zu erleichtern, will Drago darüberhinaus für die übrigen Mitgliedstaaten, denen der Begriff des Service Public unbekannt ist, zunächst alle interventionistischen Tendenzen gebilligt sehen. Insofern behandelt er das allgemeine wirtschaftliche Interesse wie Orianne als formellen Begriff (3).

-
- (1) a. a. O. S. 3 "Service public est une activité d'intérêt général accomplie par une personne privée sous le contrôle de l'autorité publique" CE v. 20. 12. 35; vgl. auch Laubadère a. a. O. S. 557 mit weiteren Nachweisen.
- (2) Diesen definiert der Conseil d'Etat v. 16. 11. 56 wie folgt: "Un service d'intérêt général, géré par une collectivité publique ou sous son contrôle, destiné à intervenir dans le domaine économique et qui, à ce titre, est géré dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée. Bien que fonctionnant selon les règles du droit privé à l'égard de son personnel, des ses clients et des tiers, ce service parce qu'il est service public, bénéficie d'un certain nombre de privilèges (Fixation des prix sans considération d'éléments économiques, privilège d'exclusivité, bénéfice de l'expropriation pour cause d'utilité publique, pouvoirs de police, qui le conduisent à disposer nécessairement de certains avantages vis à vis des entreprises privées similaires".
- (3) Scharf ablehnend: Deringer, Komm. Rdn. 69 zu Art. 90.

c. Auch nach Grassetti (1) ist das allgemeine wirtschaftliche Interesse identisch mit dem des Service Public. Während im allgemeinen aber das Interesse der Mitgliedstaaten hinter dem der Gemeinschaft zurückzustehen habe, sei, was die Bestimmung des Service Public angehe, dem Interesse der Mitgliedstaaten der Vorrang einzuräumen.

Demgegenüber betont Francescelli (2) die Notwendigkeit einer einheitlichen, d. h. materiellen Betrachtungsweise. Er sieht in dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse einen für alle Mitgliedstaaten gleichbedeutenden Begriff, der sich nicht an dem hoheitlichen Einfluß auf die Organisation des Unternehmens orientiert. Entscheidendes Kriterium ist die in der Wahrung des öffentlichen Interesses liegende Funktion des Unternehmens. Sie besteht nach Francescelli in dem Beitrag des Unternehmens an der Verwirklichung des "Gemeinwohls" (*bien commun*).

d. Der luxemburgische Bericht von Delvaux und Faber betont wie alle übrigen die Unerheblichkeit der öffentlichen oder privaten Organisation der Unternehmen des Art. 90 II (3). Ebenso wenig komme es darauf an, ob die Dienstleistungen aufgrund eines formellen Betrauungsaktes (*mandat*) erbracht werden. Delvaux und Faber betrachten den Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses als einen materiellen, dem Gemeinschaftsrecht zugehörigen. Infolgedessen messen sie den nationalen Rechtsquellen kein entscheidendes Gewicht bei. Wenn es einen formellen Aspekt in Art. 90 II gebe, so liege er in der Anerkennung (*constat*) (4) der Tätigkeit durch die Organe der Gemeinschaft. Darunter zählten die Tätigkeiten, die für die Bevölkerung so wichtig seien, daß deren besondere Behandlung auch im Rahmen einer wohlorganisierten und erweiterten Gemeinschaft anzuerkennen sei (5). Im übrigen habe der Begriff "allgemeines wirtschaftliches Interesse" dynamischen Charakter. Ob eine Vertragsverletzung für das Gemeinwohl unerlässlich sei, richte sich nach den jeweiligen Gegebenheiten (6).

e. Die deutschen Stellungnahmen sind, was die Bedeutung des hoheitlichen Einflusses auf die Dienstleistungsunternehmen betrifft, sehr unterschiedlich. Der Großteil der Literatur (7) zu Art. 90 übergeht das Problem, indem er die Versor-

(1) a. a. O. S. 6.

(2) a. a. O. S. 8.

(3) a. a. O. S. 1.

(4) a. a. O. S. 3; a. A. Schumacher VEngrR 7/8 S. 49; Deringer Rdn. 89 zu Art. 90.

(5) a. a. O. S. 3.

(6) a. a. O. S. 5.

(7) Thiesing in Groeben-Boeckh, Everling jeweils A5 zu Art. 90; Kleemann a. a. O. S. 61; Günther WUV 57, 275; siehe auch Amtl. Erl. d. Bundesreg. z. EWGV, BT-Drucksache 3440, 127 ff.

gungswirtschaft als typisches Beispiel nennt, aber auf den materiellen Gehalt des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses nicht eingeht. Dies gilt für die Spezialliteratur des Rechts der Versorgungswirtschaft (1), die allerdings ein wesentliches Kriterium des Art. 90 II in einem individuellen Betrauungsakt, d.h. einer hoheitlichen Übertragung besonderer Rechte sieht. Nach Deringer (2) bestimmen die Mitgliedstaaten, ob ein Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorliegt. Er fordert einen formellen Betrauungsakt (Hoheitsakt) (3) in Form eines Verwaltungsaktes oder aber eines Gesetzes im materiellen Sinne (4). Die formale Betrachtungsweise engt Deringer (5) wieder ein, wenn er das Postulat aufstellt, einen einheitlichen Begriff für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu schaffen. Hierzu sei die Kommission gemäß Art. 90 III berufen. Die Identität des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses mit dem Interesse des Service Public, wie sie Drago, Orianne und Grassetti annehmen, lehnt Deringer ab, da insbesondere wegen der stark interventionistischen Wirtschaft Frankreichs der Anwendungsbereich der Vorschrift unangemessen ausgeweitet würde (6). I. ü. ist das Institut des Service Public dem deutschen Recht fremd.

f. Zusammenfassend ist festzustellen, daß bisher noch keine einheitlichen Vorstellungen über die Bedeutung der formalen Tatbestandsmerkmale und des materiellen Gehalts des Begriffs "allgemeines wirtschaftliches Interesse" bestehen. Eine Interpretation, die zu sehr an die innerstaatlichen Rechtsordnungen anknüpft, droht wegen der voneinander abweichenden wirtschaftspolitischen und -theoretischen Konzeptionen der Mitgliedstaaten der Gefahr zu erliegen, wirtschaftlich gleichgeartete Tatbestände ungleich zu behandeln. Die vorliegende Arbeit hat zu versuchen, beide Aspekte angemessen zu berücksichtigen. Es darf dabei unterstellt werden, daß die Vertragsunterhändler mit der grundsätzlichen Geltung der Vertragsregeln für die Dienstleistungswirtschaft die Ansicht zum Ausdruck brachten, rein nationale Belange weitgehend auszuschalten, und den Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er Element jeder Gemeinschaft ist, bei der Integration zur Wirkung bringen wollten. Die vorliegende Untersuchung versucht deshalb die dogmatische Grundlage der Sonderbehandlung der in Art. 90 II geregelten Wirtschaftsbereiche zu klären, um von einer gemeinsamen Basis ausgehend, die Anwendbarkeit der Vertragsregeln entsprechend den Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftsbereiche prüfen zu können.

(1) Scheuten ET 62, 123; Malzer WUW 63, 203; Zweifelnd : Fischerhof BB 62, 78.

(2) Rdn. 83 zu Art. 90.

(3) Rdn. 78 zu Art. 90; Obernolte Eurowi 60, 242.

(4) Rdn. 82 zu Art. 90.

(5) Rdn. 83 zu Art. 90.

(6) Rdn. 69 zu Art. 90.

II. Der Begriff "Dienstleistungen"

Gegenstand der wirtschaftlichen Betätigung der zu untersuchenden Unternehmen sind Dienstleistungen (frz.: *gestion des services*, ti.: *gestione di servizi*, nl.: *beheer van diensten*). Nach der Legaldefinition des Art. 60 II EWGV sind "Dienstleistungen i. S. dieses Vertrages Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit von Personen unterliegen". Hierzu gehören insbesondere "gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten". Dieser allerdings nicht abschließende Katalog des Art. 60 betrifft ausschließlich immaterielle Leistungen (1). Der Soweit-Satz des Art. 60 schließt ausdrücklich solche wirtschaftliche Betätigungen aus, die den Vorschriften über den freien Warenverkehr unterliegen. Demgegenüber läßt die Vorschrift des Art. 90 II Ausnahmen von der Anwendung der Vertragsregeln nur insofern zu, als die Entwicklung des "Handelsverkehrs" dadurch nicht in einem bestimmten Ausmaß beeinträchtigt wird. Art. 90 II 2 EWGV betrachtet offenbar den Austausch von in dieser Vorschrift behandelten "Dienstleistungen" als Handelsverkehr, somit als Austausch von Waren (2) (3). Zwischen Art. 60 II und 90 II besteht somit ein gewisser Widerspruch, der einer Harmonisierung bedarf.

Dies ist nur durch eine extensive Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in Art. 90 II möglich. Der Dienstleistungsbegriff des Art. 60 läßt sich aus dem 3. Kap. des Titel III des Vertrags nicht lösen. Die Dienstleistungen sind dort gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie den Vorschriften über den freien Warenverkehr, zu denen auch Art. 90 gehört, nicht unterliegen. Dienstleistungen i. S. des Art. 90 II umfassen somit nicht nur immaterielle Leistungen der Unternehmen (4).

- (1) Dies entspricht auch der deutschen Terminologie. Vgl. etwa §§ 611 ff. BGB oder den Begriff des "öffentlichen Dienstes" als Inbegriff der Dienstverhältnisse der von Hoheitsträgern Beschäftigten. Für das französische Recht: Art. 2082 Code Civil. Der deutsche Sprachgebrauch kennt allerdings auch den Begriff der Dienstleistungswirtschaft. Er umfaßt auch die Versorgungswirtschaft, somit nicht nur die Erbringung immaterieller Leistungen.
- (2) Handelsverkehr und Warenverkehr werden im Vertrag synonym verwandt. Die französische Fassung lautet jeweils "*les échanges*".
- (3) Im Verlaufe dieser Untersuchung wird allerdings noch darzulegen sein, daß Leistungen der Dienstleistungsunternehmen einen wesentlichen Einfluß auf den Handelsverkehr mit solchen Gütern haben, für die die Dienstleistungen als wesentlicher Kostenfaktor in Betracht kommen. S. u. C. III 2.
- (4) Francescelli a. a. O. S. 10; Drago a. a. O. S. 3; Orianne a. a. O. S. 4; Schmidt a. a. O. S. 49; Schumacher a. a. O. S. 35; Deringer Rdn. 71 zu Art. 90; Thiesing A5 zu Art. 90; Everling A4, 5 zu Art. 90; Baumbach-Hefermehl, Komm. A13 zu Art. 85; Kleemann a. a. O. S. 61; Günther WUW 57, 275. Bedenken hiergegen: Malzer WUW 63, 205, Fischerhof BB 62, 785.

Mit dieser Feststellung ist der Sinngehalt des Begriffs Dienstleistungen noch nicht erschöpft. Ohne Zweifel ist der sprachliche Anklang von "service d'intérêt général" mit dem des Service Public nicht rein zufällig. Der romanische (1) Rechtskreis verwendet den Begriff *gestion des services*, *gestione di servizi* i. S. von Verwaltung von Diensten (3). Damit soll auf den engen Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung hingewiesen werden, die dem service Public des romanischen Rechtskreises eigen ist. So aufgefaßt, umfaßt der Begriff "gestion des services" auch die technischen und rechtlichen Mittel der Erbringung von Dienstleistungen. Letztere finden nach Francescelli, Drago und Orianne ihre Ausprägung in einem öffentlichrechtlichen "acte de concession".

Ob dieser Ansicht zu folgen ist, haben die nachfolgenden Untersuchungen zu klären.

Denkbar ist auch, daß Art. 90 II mit der Verwendung der "Dienstleistungen" weniger deren immateriellen Charakter hervorheben wollte, wie dies Art. 60 tut, sondern deren Hilfsfunktion: Die Dienstleistungen müssen von einem gewissen Nutzen (3) für Dritte sein, der über den anderer Wirtschaftsbereiche hinausgeht. Der Begriff des Dienstes enthält somit auch das Element des Bereitseins, des Bereitstellens von Leistungen (Hilfsgewerbe) (4). Was die Funktion der Dienstleistungen betrifft, so sind die Unternehmen nicht notwendig erwerbswirtschaftlich, d. h. am Gewinnmaximierungsprinzip orientiert (5).

Der Begriff der Dienstleistungen ist mit den Organisationsformen der Bedarfsdeckungswirtschaft und Gemeinwirtschaft verbunden. Als bedarfsdeckungswirtschaftlich gelten Einzelwirtschaften, die dazu dienen, bestimmte Bedarfe optimal zu befriedigen. Gemeinwirtschaftlich ist eine Einzelwirtschaft, sofern sie in der Förderung des öffentlichen Interesses und der Erbringung von Leistungen, die unmittelbar dem Wohl der Allgemeinheit dienen, ihr wesentliches Ziel sehen (6). Ob die beiden letzteren Zielsetzungen klar voneinander zu trennen sind, oder nicht

-
- (1) Allerdings kennt auch die angloamerikanische Praxis den Begriff "public services". Dieser umfaßt wie der Service Public und der Begriff Dienstleistungswirtschaft auch die Erbringung materieller Leistungen. Vgl. Bauer, *Transforming Public Utilities* S. 3.
- (2) Francescelli S. 9; Deringer Rdn. 71 zu Art. 90.
- (3) Frz.: *utilité*, engl.: *utility*.
- (4) Francescelli a. a. O. S. 13; Deringer Rdn. 72 zu Art. 90 nennen das Bereitstellen schwer zu lagernder Energien als typisches Beispiel. Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 6.
- (5) Francescelli S. 21.
- (6) Weisser in *Handbuch der Soziologie "Wirtschaft"* S. 1043; Paulsen, *Allgemeine Volkswirtschaftslehre* S. 47.

die Bedarfsdeckungswirtschaft ein Teilbereich der Gemeinwirtschaft darstellt (1), erscheint zweifelhaft. Wesentliche Bedeutung kommt vor allem ihrer Abgrenzung gegenüber der Erwerbswirtschaft zu. Bei dem jetzigen Stande der Untersuchung lassen sich diese Aspekte lediglich andeuten. Die Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale wird darauf zurückkommen.

III. Allgemeines wirtschaftliches Interesse

War dem Begriff "Dienstleistungen" bereits zu entnehmen, daß sie von einem gewissen Nutzen für andere sind, so wird dessen Zuordnung durch das Attribut "allgemeines wirtschaftliches Interesse" (2) konkretisiert.

Ein von seinem Träger losgelöstes Interesse ist begrifflich nicht denkbar. Entscheidend kommt es deshalb auf die Feststellung der "Interessierten" an.

Mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse wurde ein neuer, den Rechsterminologien der Mitgliedstaaten fremder Begriff eingeführt (3). Der Begriff "Allgemeinheit" läßt sich, wie der einleitende Versuch einer Wortauslegung ergeben hatte, inhaltlich nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmen. Zunächst erscheint es deshalb zweckmäßig, festzustellen, wer nicht Träger des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses sein kann.

1. Negative Abgrenzung

a. Interessen der Mitgliedstaaten

Der systematische Zusammenhang der Regelung der Dienstleistungsunternehmen mit den Finanzmonopolen könnte den Schluß nahelegen, Art. 90 bezwecke die Wahrung der Interessen der Mitgliedstaaten, denn diese staatlichen Monopole haben die Aufgabe, selbst unter Ausnutzung ihrer Marktmacht, Einnahmen für den Staatshaushalt zu erzielen (4). Die Finanzmonopole unterliegen jedoch den Vor-

(1) So E. R. Huber a. a. O., Bd. II S. 205.

(2) frz.: intérêt économique général, it.: interesse economico generale, nl.: algemeen economisch belang.

(3) Drago a. a. O. S. 2.

(4) Vgl. hierzu statt vieler : Deringer Rdn. 86 zu Art. 90.

schriften des Art. 37 des EWGV und fallen als staatliche Handelsmonopole unter die Abbaupflicht. Dabei ist insbesondere unzulässig, auf dem Wege der Finanzmonopole die Entwicklung des zwischenstaatlichen Handels in gemeinschaftswidriger Weise zu beeinträchtigen. Grundsätzlich ist die Schaffung von Binnenmarktverhältnissen nur dann möglich, wenn die Einzelinteressen der Mitgliedstaaten hinter denen der übergeordneten Gesamtheit (Gemeinschaft) zurückstehen. Den nationalen Eigeninteressen fehlt somit das Merkmal der "Allgemeinheit".

Möglich wäre somit nur, das gleichgerichtete Interesse aller Mitgliedstaaten als das allgemeine Interesse zu betrachten. Aber auch hiergegen bestehen Bedenken. Die Gemeinschaft ist zwar keine um ihrer selbst willen geschaffene Institution, und es spricht die Vermutung dafür, daß die Interessen aller Mitgliedstaaten sich mit denen der Gemeinschaft decken. Die Gemeinschaft wäre jedoch funktionsfähig, könnten jeweils nur die übereinstimmenden Interessen aller Mitgliedstaaten gewahrt werden. Naturgemäß bedingt in der Wettbewerbswirtschaft der Vorteil von Unternehmen eines Mitgliedstaates bei der Integration der einzelnen Wirtschaftsbereiche gewisse Nachteile bei vergleichsweise weniger leistungsfähigen Unternehmen anderer Mitgliedstaaten.

Es wäre denkbar, daß die Mitgliedstaaten bei Vertragsabschluß gewisse Wirtschaftsbereiche von der Integration völlig ausgenommen sehen wollen. So ist Grassetti (1) der Ansicht, der Vertrag bezwecke keine umfassende Integration der Wirtschaft, sondern wolle auch nach Ablauf der Dritten Stufe nur eine "Teilintegration" herbeiführen. Diese Ansicht findet im Vertrag keine Grundlage. Sieht man von den Sonderregelungen des EGKS sowie des EuratomV ab, die naturgemäß Teilintegrationen bezwecken, so umfaßt der EWGV grundsätzlich alle Bereiche der Wirtschaft. Schon aus diesem Grunde ist der Begriff Teilintegration unangebracht. Soweit Vorbehalte, wie etwa für die Landwirtschaft und den Verkehr gemacht werden, sind diese Wirtschaftsbereiche dennoch in den Integrationsprozeß voll einbezogen, wenn auch die Mittel von denen der übrigen Wirtschaftsbereiche im einzelnen abweichen mögen. Der Begriff "Integration" ist somit nicht identisch mit "Anwendung der allgemeinen Vertragsregeln", sondern bedeutet Eingliederung in die Gemeinschaft, deren Ziel es ist, eine möglichst weitgehende Angleichung an Binnenmarktverhältnisse zu schaffen. Diesem Ziel können sich die Mitgliedstaaten nicht willkürlich entziehen (2).

(1) a. a. O. S. 8; a. A. Wohlfahrt-Everling Einleitung XX; Groeben-Boeckh A2 zu Art. II.

(2) Im Ergebnis übereinstimmend : Delvaux und Faber a. a. O. S. 3, v. d. Elst und Salmon a. a. O. S. 4; a. A. Deringer Rdn. 73 zu Art. 90. Er versteht unter Allgemeinheit "jedes öffentliche Gemeinwesen, Staat, Länder, Provinzen und Gemeinden". S. a. Francescelli a. a. O. S. 11.

b. Gruppeninteressen

Das allgemeine wirtschaftliche Interesse bezeichnet ebensowenig Gruppeninteressen, denn auch diesen fehlt es am Merkmal der Allgemeinheit.

2. Positive Bestimmung : Öffentliches Interesse

Mehrere Autoren (1) versuchen, das allgemeine wirtschaftliche Interesse mit dem öffentlichen Interesse gleichzusetzen, ohne dabei von einem einheitlichen Begriff des öffentlichen Interesses auszugehen. Drago und Orianne sehen den staatlichen Einfluß auf die Unternehmensführung, wie er im französischen und belgischen Service Public zutagetritt, durch das "öffentliche Interesse" gerechtfertigt. Nach Francescellì bestimmt sich das öffentliche Interesse nach seinem Beitrag an der Verwirklichung des Gemeinwohls (2).

In Anknüpfung an die bisherige Untersuchung ist zu prüfen, wem das öffentliche Interesse zugeordnet werden kann, und dann zu versuchen, auf den materiellen Gehalt der Öffentlichkeitsbindung zu schließen.

a. Die verschiedenen Öffentlichkeitsbindungen.

Ballerstedt (3) hat in seiner in erster Linie dem Energierecht gewidmeten, aber ausdrücklich nicht auf diesen Teilbereich der Wirtschaft beschränkten Untersuchung die unterschiedlichen Wertungen der Öffentlichkeitsbindung untersucht. Wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Problematik dieser Arbeit seien sie hier kurz wiedergegeben.

Ballerstedt unterscheidet :

- aa. Die Öffentlichkeit i. S. einer unbestimmten Vielzahl von Einzelnen
- bb. Die Öffentlichkeit als offene Gemeinschaft
- cc. Die Öffentlichkeit i. S. von Gesamtheit der Glieder eines hoheitlichen Verbandes.

(1) Drago a. a. O. S. 3; Orianne a. a. O. S. 4; Francescellì a. a. O. S. 11, 15.

(2) Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff wird von der deutschen Literatur wegen der schlechten Erfahrungen der jüngeren Vergangenheit allgemein als zu ungenau und wenig bestimmbar abgelehnt. Vgl. hierzu Sölter, Gemeinschaftskomm., § 4 A8; Langen a. a. O. S. 53 hält das Gemeinwohl in einem Gebilde, wie es die EWG darstellt, für nicht mehr überschaubar; abl. auch Ballerstedt VEnergR 1/2 S. 19.

(3) Die folgenden Darlegungen folgen im wesentlichen den bisher wenig beachteten Ausführungen, VEnergR 1/2 S. 5 (12 ff.)

aa. Die "schlichte Öffentlichkeit" umfaßt die Öffentlichkeit in weitestem Sinne von "singuli", "quavis ex populo". Darunter ist die Vielzahl von miteinander unverbundenen Einzelnen zu verstehen. Beispiele hierfür finden sich im deutschen Recht, etwa in der Erklärung an die Öffentlichkeit des Kaufmanns, in bezug auf das Handelsregister, das Firmenrecht, die Haftung für Geschäftsschulden gemäß § 15 HGB sowie im Wertpapierrecht (§§ 10, 17 WG). Diese Bedeutung der Öffentlichkeit liegt auch der Auslobung (§ 657 BGB) sowie der öffentlichen Versteigerung (§§ 383, 385, 457, 979, 1235 I BGB) zugrunde. Alle diese Tatbestände können Ansprüche Dritter, d. h. der Öffentlichkeit begründen und Haftungen auslösen, die sich nach Privatrecht bestimmen. Privatrechtliche Gestaltungsformen und Öffentlichkeitsbindung schließen somit einander nicht aus.

bb. Im Gegensatz zur schlichten Öffentlichkeit umfaßt die "offene Gemeinschaft" nicht beliebig miteinander verbundene Einzelne, sondern erfordert eine einheitliche Behandlung der durch gleichgerichtete Interessen an bestimmten wirtschaftlichen Leistungen faktisch miteinander Verbundenen. Die Bezeichnung "offene Gemeinschaft" wählt Ballerstedt in Anlehnung an die Gefahrengemeinschaft, wie sie Würdinger (1) in seiner Theorie der schlichten Rechtsgemeinschaft entwickelt hat. Sie ist "offen", weil der Kreis der Beteiligten im Gegensatz zu der schlichten Rechtsgemeinschaft unbestimmt ist. Das gleichgerichtete Interesse der ihr Angehörigen macht sie zur Gemeinschaft. Dieser Tatbestand bedarf indes noch der Eingrenzung: Nicht alle gleichgerichteten Interessen bedürfen einer über die in den Gesetzen typisierten Tatbestände hinausgehenden Sonderbehandlung. Haben etwa alle Kunden eines Kaufhauses ein gleiches Interesse an einer sachgemäßen Belieferung, so ist ein weitergehender Schutz als die Gewährleistungsansprüche des Kaufrechts nicht erforderlich, denn der Kunde hat in der Regel die Möglichkeit, zwischen mehreren Einkaufsquellen frei zu wählen. I. ü. ist die Leistung an den einzelnen Kunden unabhängig von den Interessen der anderen (individuelle Bedarfsdeckung). Das gleichgerichtete Interesse ist rechtlich nur insofern relevant, als eine Bedarfsdeckung wirtschaftlich oder technisch nur bei einem Unternehmen möglich ist. Sie muß jedoch auch erforderlich sein. Das gilt nur für die Fälle, in denen das Unternehmen lebenswichtige Leistungen erbringt. Ist die Allgemeinheit auf die Befriedigung des lebenswichtigen Bedarfs durch ein Monopolunternehmen angewiesen, so ist dies der typische Fall der Entstehung einer offenen Gemeinschaft (2).

Was rechtfertigt die Institutionalisierung der Gemeinschaft, und was vermag sie zur Rechtserkenntnis beizutragen ?

(1) Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, s. auch Wüst, Die Interessengemeinschaft a. a. O. S. 50.

(2) Ballerstedt a. a. O. S. 17.

Jedem Monopolunternehmen wohnt die Gefahr der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht inne. Dies ist der Grund, warum die am Denkmodell der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung orientierten Wirtschaftsverfassungen die Monopolkontrolle als wesentliches Mittel der Herstellung des Marktgleichgewichts betrachten. Bei der Erbringung lebenswichtiger Leistungen durch ein Monopolunternehmen besteht ein Interesse der von der Versorgung abhängigen Allgemeinheit nicht nur an der Verhinderung des Machtmißbrauchs, sondern dieses erstreckt sich darüberhinaus auf die Gewährleistung der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern. Der Einzelnen ist nämlich in seiner Vertragsfreiheit dabei in zweifacher Hinsicht behindert :

1. Er steht einem übermächtigen Unternehmen gegenüber und ist somit nicht in der Lage, den Vertragsinhalt mitzubestimmen. Er ist
2. nicht einmal frei in der Entscheidung über den Vertragsschluß als solchen, denn wegen der Dringlichkeit der Bedürfnisse kann er nicht auf die Leistungen verzichten, bzw. diese kurzfristig substituieren (1).

Die Vielzahl der dem Monopolunternehmen gegenüberstehenden Einzelinteressen sind die der offenen Gemeinschaft. Sie ist als solche nicht handlungsfähig. Die Wahrung des Interesses der offenen Gemeinschaft ist somit Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Im Rahmen der Wirtschaftsverwaltung hat sie deren Interessen gleichsam treuhänderisch (2) wahrzunehmen. Der Eingriff in die freie unternehmerische Tätigkeit hat das durch die Marktmacht des Monopolunternehmens gestörte Marktgleichgewicht wieder herzustellen, sowie darüberhinaus die allgemeine Zugänglichkeit der Versorgung mit lebenswichtigen Gütern sicherzustellen.

Für die weitere Untersuchung ist zweierlei festzuhalten :

1. Das öffentliche Interesse in so dargelegtem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit den Eigeninteressen des sie wahrenen Hoheitsträgers.
2. Wirtschaftsverfassungsrechtlich nehmen die betreffenden Wirtschaftsbereiche eine Sonderstellung ein. Da dem Wettbewerb die ihm normalerweise zukommende marktregulierende Funktion fehlt, ist eine Eingliederung und Orientierung am liberalistischen Denkmodell nicht sachgerecht (3).

Die Wettbewerbswirtschaft geht davon aus, daß der Wettbewerb das Marktgleichge-

-
- (1) Die Substitutionsfähigkeit eines Gutes ist wesentliches Kriterium für dessen Lebensnotwendigkeit, vgl. Gutachten des wissenschaftlichen Beirates des Bundesministeriums für Wirtschaft Bd. IV S. 35.
 - (2) Ballerstedt a. a. O. S. 14.
 - (3) Diese Konsequenz wird bei Ballerstedt nicht ausdrücklich betont, da seine Untersuchung mehr der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht gilt. Vgl. auch die Anmerkungen zur "Daseinsvorsorge" u. 3 b.

wicht herzustellen vermag. Um den Marktmechanismus nicht zu stören, hat sich der Staat jeglicher Eingriffe auf die freie unternehmerische Betätigung zu enthalten (1).

cc. Die Öffentlichkeit i. S. von Gesamtheit der Glieder eines hoheitlichen Verbandes sieht Ballerstedt in ihrer Zuordnung zum Staat oder sonstigen Trägern hoheitlicher Gewalt. Sie hat ihre typische Ausprägung durch das öffentliche Recht erfahren. Ihm sind alle Tätigkeiten und Rechtsinstitute einzugliedern, die dem Staat zur Erfüllung seiner Zwecke eigen sind.

b. Die Öffentlichkeitsbindung i. S. des Art. 90 II

Untersucht man die drei Arten von Öffentlichkeitsbindungen auf ihre Übereinstimmung mit dem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, das bei der Erbringung von Dienstleistungen obwaltet, so ist das öffentliche Interesse offensichtlich nicht der schlichten Öffentlichkeit zugeordnet. Deren wesentliches Kriterium war nämlich darin zu sehen, daß sie als solche nicht Träger von Interessen sein kann. Es bleiben somit nur die Zuordnung der Interessen zur Allgemeinheit i. S. der offenen Gemeinschaft und zum Staat, bzw. anderen Trägern hoheitlicher Gewalt. Tatbestände letzterer Art sind dem Vertrag nicht unbekannt :

1. Art. 36 erlaubt Einschränkungen des Kontingentierungsverbots, der Art. 30 ff., die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder Pflanzen des nationalen Kulturgutes von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert und des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.
2. Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit können Sonderregelungen für Ausländer bezüglich der Niederlassungsfreiheit (2) und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen. Dasselbe gilt für Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung "öffentlicher Gewalt" verbunden sind (3).

(1) Dies trifft nicht für die sog. soziale Marktwirtschaft zu. Sie ist keine reine Wettbewerbswirtschaft, sondern ein gemischtes System. Darauf ist noch zurückzukommen; vgl. Eucken a. a. O. ; Müller-Armack, Studien; Nipperdey, Marktwirtschaft a. a. O. S. 40.

(2) Art. 56.

(3) Art. 55.

3. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (1) gilt nicht für "die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung".
4. Jeder Mitgliedstaat kann "Maßnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheit erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition oder den Handel damit betreffen" (2).

Der Vertrag hat - wie diese Beispiele zeigen - die Öffentlichkeitsbindungen i. S. von hoheitlichem Handeln, Zugehörigkeit zum Staat, bzw. zur öffentlichen Verwaltung jeweils klar zum Ausdruck gebracht. Das allgemeine wirtschaftliche Interesse des Art. 90 II kann deshalb auch dieser Öffentlichkeitsbindung nicht unterliegen (3).

Folgt man der Systematik Ballerstedts, so bleibt für die Wertung der Öffentlichkeitsbeziehung nur die Betätigung im Dienste der offenen Gemeinschaft. Eine derartige Auslegung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses kann bei dem jetzigen Stande der Untersuchung lediglich als Arbeitshypothese dienen. Die Untersuchung der weiteren Merkmale des Art. 90 II wird darauf aufbauen und deren Richtigkeit zu erweisen suchen. Um nicht eine einseitige, allein auf die deutsche Theorie gestützte Betrachtung anzustellen, erscheint es zweckmäßig, zuvor noch auf einige Rechtsinstitute einzugehen, die unter Hinweis auf das öffentliche Interesse im Rahmen der Wirtschaftsordnung eine Sonderstellung einnehmen.

3. Rechtsvergleichende Anmerkungen

a. Service Public

Ein Teil der Literatur setzt das allgemeine wirtschaftliche Interesse mit dem des Service Public gleich (4).

Dieses einigen Mitgliedstaaten unbekannte Institut erfährt in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen eine unterschiedliche rechtliche Gestaltung, was an sich eine Identität mit den Unternehmen des Art. 90 II nicht ausschließt. Das "intérêt général" ist Tatbestandsmerkmal des service public. Es rechtfertigt nach der romanischen Doktrin staatliche Eingriffe in die betreffenden Unternehmen (5), ohne

(1) Art. 49.

(2) Art. 223 I b.

(3) a. A. Drago a. a. O. S. 3 ; Orianne a. a. O. S. 4 ; Francescelli a. a. O. S. 19; Deringer Rdn. 73 zu Art. 90.

(4) Drago a. a. O. S. 3; Orianne a. a. O. S. 4; Vgl. auch oben A I.

(5) CE v. 20. 12. 35; 16. 11. 56; vgl. auch de Laubadère a. a. O. S. 557.

daß sich dabei bisher, trotz ungezählter Kontroversen, klare Ordnungsprinzipien herausgebildet hätten. Seit 2 Jahrzehnten ist eine wissenschaftliche Diskussion unter dem Thema "Die Krise im Begriff des Service Public" im Gange (1). Diese Krise wurde durch die Verstaatlichungstendenzen seit dem 1. Weltkrieg herbeigeführt. War der Begriff des Service Public zunächst das Institut des französischen Verwaltungsrechts für die Durchführung von Aufgaben der leistenden Verwaltung, so hat die kriegswirtschaftlich bedingte Knappheit an Gütern die Verstaatlichung vieler Wirtschaftsbereiche herbeigeführt, die in den übrigen Mitgliedstaaten auch weiterhin privatwirtschaftlich organisiert sind (2).

Dies hat zu einer so weitgehenden Aufblähung des Service Public geführt, daß dieser heute nicht mehr als brauchbares, an materiellen Kriterien orientiertes Rechtsinstitut gewertet werden kann (3). Gegen eine Gleichsetzung des Service Public mit den Unternehmen des Art. 90 II sprechen beim jetzigen Stande der Untersuchung folgende Erwägungen:

1. Der Service Public ist ein Institut der Verwaltungsrechte im romanischen Rechtskreis, dessen Inhalt von Land zu Land verschieden ist. Er ist insbesondere deshalb für die Betrachtung des Art. 90 II von beschränkter Bedeutung, weil er im "interêt général" eine nur sehr schwer zu präzisierende, im Grunde ideologische, bzw. kriegswirtschaftlich bedingte Rechtfertigung der hoheitlichen Eingriffe in die Wirtschaft besitzt.
2. Der Service Public ist ein formeller Begriff. Ihm liegt keine spezifisch ökonomische Betrachtungsweise zugrunde, wie dies bei Art. 90 II der Fall ist.
3. Der Vertrag verwendet den Begriff "Service Public" (dt.: "öffentlicher Dienst") an einer einzigen Stelle: Art. 77 (4).

Hätte man Art. 90 II ebenfalls an den Kriterien des Service Public orientieren wollen, so hätte eine dem Art. 77 entsprechende Formulierung nahegelegen. Sprechen

(1) Chenot, *La Crise de la Notion d'Etablissement public*; Corail, *La Crise de la Notion de Service public en Droit administratif Français*; Laubadère Act. Jur. 61, I 951;

Deutsches Schrifttum: Schnur AÖR 79 (N.F. 50), 418 ff.; Kutsch-v. Krake-witz AÖR (N.F. 50) 79, 431 ff.; Forsthoff, Lehrbuch S. 321.

(2) Schnur a.a.O. S. 419.

(3) Forsthoff a.a.O. S. 321, Schnur a.a.O. S. 428 lehnen aus diesem Grunde die Übernahme des Service Public in das deutsche Verwaltungsrecht ab.

(4) Die deutsche Fassung des Art. 77 ist unklar und sprachlich verfehlt. Leistungen werden nicht "abgegolten", sondern erbracht. Darüberhinaus ist "öffentlicher Dienst" (vgl. Art. 33, III-V, 131, 132 GG, Art. 127 Verf. Rhl.-Pf.) ein terminus technicus für das Dienstrecht der öffentlichen Verwaltung. Öffentlicher Dienst steht im Gegensatz zu allen Erscheinungsformen nicht öffentlichen Dienstes. Vgl. Ule bei Bettermann-Nipperdey, *Die Grundrechte*, IV 2 S. 545; Hueck-Nipperdey, *Arbeitsrecht*, S. 13; BAG DÖV 60, 349 ff.

jedoch keine zwingenden Gründe für die Gleichsetzung von "allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" und "intérêt général", so ist eine Einführung dieses Begriffs in das Gemeinschaftsrecht nicht angebracht. Aus den gleichen Gründen ist das Institut des Service Public ungeeignet für die Klärung der besonderen Interessenlage des Art. 90 II. Eine andere Frage ist es, ob die Unternehmen des Service Public nicht auch unter die Regelung des Art. 90 II fallen.

b. Daseinsvorsorge

Ein durch viele Parallelen zum Service Public gekennzeichnetes Institut ist die sog. "Daseinsvorsorge" (1) im deutschen Recht, ohne indes nach Form und Inhalt mit diesem identisch zu sein. Forsthoß versteht darunter die mittelbar oder unmittelbar von der Verwaltung getragenen oder kontrollierten Leistungsverhältnisse im Gegensatz zu der Eingriffsverwaltung. Die Leistungen der Daseinsvorsorge sind funktionell solche der öffentlichen Verwaltung (2), unabhängig von deren öffentlich- oder privatrechtlicher Ausgestaltung. Entscheidend ist die unmittelbare Gewährung von Leistungen und Vorteilen der Verwaltung an den Staatsbürger. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum (3) lehnt in neuerer Zeit die Brauchbarkeit des Begriffs "Daseinsvorsorge" als Rechtsbegriff ab. Es erscheint allein aus diesem Grunde wenig sinnvoll, ihn in das Gemeinschaftsrecht einzuführen. Vergleicht man die Daseinsvorsorge mit dem Interesse der offenen Gemeinschaft, so ist sie wesentlich weiter. Sie umfaßt auch nicht lebenswichtige Leistungen nicht wirtschaftlicher Art (4), so wie Bereiche des öffentlichen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts. Vor allem ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Daseinsvorsorge keiner spezifisch wettbewerbsrechtlichen Betrachtung folgt, wie sie aufgrund der systematischen Stellung des Art. 90 II anzustellen ist. Dabei ist ebensowenig wie bei den Unternehmen des Service Public entschieden, daß einzelne Wirtschaftsbereiche, die nach Forsthoß,

- (1) Forsthoß, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, ders. Die Daseinsvorsorge und die Kommunen; ders., Lehrbuch S. 320 ff.
- (2) Lehrbuch S. 322.
- (3) Fischerhof DÖV 57, 305; DÖV 60, 41; Stern AÖR 49 158, 138 ff. 273 ff.; Ballerstedt BB 58, 126; ders. in Bettermann-Nipperdey: Scheuner, Die Grundrechte III, 1 S. 54 Note 142; van Aubel, Gemeindefirtschaft 59, 10ff.; Maunz, Rechtsgutachten: Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts I, 46; Deringer RdM. 76 zu Art. 90; Eiser-Riederer II, 4 S. 79.
- (4) z. B. Schulen, Museen.

Funktionen der Daseinsvorsorge erfüllen, nicht unter die Regelung des Art. 90 fallen (1).

c. Public Utility Regulation (2)

Die schematische Übertragbarkeit der Gedanken des amerikanischen Wirtschaftsrechts auf europäische Verhältnisse wird im allgemeinen abgelehnt. Die Strukturunterschiede des anglo-amerikanischen und der europäischen Wettbewerbsrechte darzulegen, ginge über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus. Wenn im folgenden einige, in ihrem Umfang naturgemäß beschränkte rechtsvergleichende Anmerkungen zu dem Institut der Public Utility Regulation gemacht werden, so ist damit nicht beabsichtigt, amerikanische Verhältnisse auf die der EWG-Staaten zu übertragen. Sie haben vielmehr den Zweck, Parallelen aufzuzeigen, um die Möglichkeit einer einheitlichen Betrachtungsweise für Art. 90 II beurteilen zu können. Die Suche nach einer gleichen, von zufälligen Unterschieden in den nationalen Rechtsordnungen unabhängigen Anwendung des Art. 90 II auf wirtschaftlich gleichgelagerte Tatbestände betrachtet der Verfasser als eines der wesentlichen Anliegen der Interpretation der Vorschrift. Aus diesem Grunde läßt sich die Heranziehung von Rechtsgedanken außereuropäischer Länder nicht generell zurückweisen.

Das amerikanische Antitrustrecht basiert auf der Wettbewerbs- und Monopolerschlagungsidee (3). Viel mehr als in Europa hat sich die Verhinderung der Konzentration als notwendig erwiesen. Mit größter Strenge hat das amerikanische Antitrustrecht der Vermachtung der Märkte entgegengewirkt. Trotz dieser Grundtendenz hat die amerikanische Praxis frühzeitig erkannt, daß gewisse Wirtschaftsbereiche Monopoltendenzen in sich schließen und für eine Orientierung am Wettbewerbsgedanken somit ungeeignet sind. Es handelt sich um die sogenannten Public Utilities (4).

(1) Im Ergebnis übereinstimmend; Deringer Rdn. 76 zu Art. 90; Eiser-Riederer II, 4 S. 79.

(2) Literatur: Haussmann, Public Utilities; ders. Die öffentliche Hand; Bauer, Transforming Public Utility Regulation; Troxel, Economics of Public Utility; Zwicky, Public Utilities.

(3) Haussmann, Die öffentliche Hand S. 74.

(4) Bauer, a. a. O. S. 3: "What makes a Public Utility? Public Utilities as here viewed are industries properties, corporations, or other business concerns that furnish recognized public services through private forms of organization. They perform recognized public functions but operate as private business agencies. Their public character results from two basic conditions: First their fundamental importance to the community or locality served; they are essential practically all industry, business, and community life. Second their monopoly position normally any particular kind of Utility Service within a given territory is provided through a single business agency".

Ihre Betätigung liegt im öffentlichen Interesse (affected by public interest). Sie dient der Deckung des lebenswichtigen Bedarfs, den die Wettbewerbswirtschaft nicht, bzw. nicht im gleichen Maß, gewährleisten könnte (1). Ihre Monopol tendenz ergibt sich in der Regel aus der besonderen Eigenart der Unternehmen. Typische Beispiele bilden Anlagengebundenheit, sowie dadurch bedingte erhöhte Kosten, Großbetriebe sowie Ortsgebundenheit. Die mit der Monopol tendenz verbundene Monopolgefahr erfordert staatliche Eingriffe im öffentlichen Interesse, wenn der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist. Die herkömmlichen Mittel des Antitrustrechts erweisen sich für die Wahrung des öffentlichen Interesses als untauglich. Die Unternehmen werden deshalb der öffentlichen Kontrolle unterworfen (2). Die Lenkung und Kontrolle besteht in erster Linie in der Preisfestsetzung und Tarifkontrolle. Die Public Utility-Gesetzgebung obliegt den einzelnen Bundesstaaten. Hierzu gehört außer dem Erlass von Durchführungsvorschriften auch die Bestimmung des Kreises der als Public Utilities zu organisierenden Wirtschaftsbereiche (3).

Die Public Utility Regulation hat die Schwächen des Antitrustrechts auszufüllen, aber nur dort zum Schutz der Verbraucher marktregulierend einzugreifen, wo der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist. Die besondere Bedeutung der Public Utility-Gesetzgebung liegt in der Unabhängigkeit von den wirtschaftsideologischen Denkmodellen des Sozialismus, bzw. des Liberalismus.

-
- (1) Vgl. auch Haussmann, Public Utilities S. 39.
 - (2) Zu den Verfahrensfragen bei der Durchführung der Public Utility Regulation: Haussmann, Public Utilities S. 27 ff.
 - (3) Vgl. etwa Section 23 der Verfassung des Staates Kalifornien: "Every private corporation, and every individual or association of individuals, owning, operating, managing or controlling any commercial railroad, interurban railroad, canal, pipeline, plant, or equipment within this state, for the transportation or conveyance of passengers, or express matter, or freight of any kind, including crude oil for the transmission of telephone or telegraph messages, or for the production, generation, transmission, delivery or furnishing of heat, light, water or power or for the furnishing of storage or wharfage facilities, either directly or indirectly, to or for the public, and every common carrier, is hereby declared to be a public utility subject to such control and regulation by the railroad commission as may be provided by the legislature, and every class of private corporations, individuals, or associations of individuals hereafter declared by the legislature to be public utilities shall likewise be subject to such control and regulation ...".

Die Public Utility Regulation entspricht auch den Erkenntnissen der modernen europäischen Wirtschaftswissenschaft. Die Wirtschaftsverfassung ist notwendig eine gemischte, denn die Vollsozialisierung ist nicht die einzige Alternative zur Konkurrenzwirtschaft. "Die Zeit des Laissez faire ist vorbei, der Glaube an eine durchgängige Harmonie der in voller Freiheit agierenden Privatinteressen hat sich als Illusion erwiesen. Im 20. Jahrhundert muß der Wettbewerb als das wesentlichste, wenn auch nicht einzige Element der staatlich gesetzten Wirtschaftsordnung verstanden werden, die die Vorzüge der Konkurrenz und der freien wirtschaftlichen Betätigung mit denen einer sparsamen, auf das unbedingt notwendige Maß sich beschränkenden, aber, wo es erforderlich ist, energisch und zielbewußt eingreifenden staatlichen Steuerung verbindet" (1).

4. Die Ableitung des öffentlichen Interesses aus dem Gesamtgefüge des Art. 90

Die Auslegung des Begriffs "allgemeines wirtschaftliches Interesse", die sich weitgehend mit den für die Public Utility maßgebenden Gesichtspunkten deckten, kam zu folgendem vorläufigen Ergebnis:

- a. Die Unternehmen haben eine besondere Marktstellung inne.
- b. Der Staat schützt diese Marktstellung vor dem Wettbewerb, da
- c. der Wettbewerb das Marktgleichgewicht ohnehin nicht herzustellen vermag.
- d. Die von den Unternehmen zu erbringenden Dienstleistungen sind für die Allgemeinheit im Sinne einer offenen Gemeinschaft lebenswichtig.

Ob und inwieweit Art. 90 II auf diese Kriterien abstellt, war bisher noch nicht endgültig zu klären. Im folgenden ist zu versuchen, aus dem Gesamtgefüge der Vorschrift auf die Eigenart der in Art. 90 II geregelten Unternehmen zu schließen; dazu zwingt die vage Formulierung "allgemeines wirtschaftliches Interesse". Die einzelnen Merkmale des Tatbestandes sowie der Rechtsfolge des Art. 90 II werden hierbei im einzelnen noch nicht ausgelegt, sondern lediglich auf ihre Übereinstimmung mit den oben entwickelten Kriterien des öffentlichen Interesses untersucht.

a. Die besondere Marktstellung

Für das Vorliegen einer Monopolstellung der Dienstleistungsunternehmen spricht zunächst die Möglichkeit der Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln im Rahmen des Art. 90 II, während die Unternehmen wie die übrigen Wirtschaftsbereiche dem

(1) Miksch, Wettbewerb als Aufgabe S. 6

Wettbewerb unterworfen sind. Der am Wettbewerbsgedanken orientierten freien Marktwirtschaft sind "besondere Aufgaben" fremd (1).

In der Marktwirtschaft gibt es Aufgaben oder Pflichten nur für Monopolunternehmen, während die dem freien Wettbewerb unterworfenen Unternehmen, sowohl in der Ausübung ihrer Tätigkeit und deren Einstellung wie auch in dem Verhalten gegenüber ihren Geschäftspartnern keinerlei Beschränkungen unterliegen, die als "besondere Aufgabe" zu qualifizieren wären. Die in Art. 90 II statuierte Nichtanwendung von Vertragsregeln setzt somit das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung voraus.

b. Der staatliche Schutz dieser Kriterien ist in dem Merkmal "übertragene Aufgabe" angedeutet. Indem der Vertrag vom Fortbestand der besonderen Aufgabe in dem erweiterten Markt ausgeht, muß er auch die Voraussetzungen für deren Erfüllung anerkennen. Als Übertragende kommen nur der Staat, bzw. Hoheitsträger in Betracht (2). Für einen staatlichen Schutz vor dem Wettbewerb spricht auch das Tatbestandsmerkmal "betraut". Damit kann nicht nur gemeint sein, daß die Unternehmen ermächtigt werden, Dienstleistungen zu erbringen. Der Begriff "betrauen" erfordert mehr: Er enthält das Merkmal einer Ausschließlichkeit. Wenn einem Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, eine Tätigkeit aufzunehmen, die jedes andere Unternehmen rechtlich und tatsächlich durchzuführen ebenso in der Lage ist, so liegt darin keine Betrauung. Einer Betrauung bedarf es somit nur in solchen Fällen, in denen die Tätigkeit besonderen staatlichen Einschränkungen unterliegt. Ist ein Unternehmen einmal vom Staate betraut, so soll damit seine Verdrängung vom Markt aufgrund des freien Wettbewerbs verhindert werden. In dem staatlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Betätigung als solcher liegt einer der grundlegenden Unterschiede der Dienstleistungsmonopole gegenüber den sonstigen, auch der Wettbewerbswirtschaft nicht fremden Monopolen.

c. Die Undurchführbarkeit des freien Wettbewerbs

Der EWGV ist am Leitbild des freien Wettbewerbs orientiert. Mit Ausnahme einiger, mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundener Tätigkeiten (3), sowie der beson-

-
- (1) Dies gilt nicht von der sog. sozialen Marktwirtschaft, die ein gemischtes System von Wettbewerb und staatlicher Intervention darstellt. Vgl. Paulsen, Allgemeine Volkswirtschaftslehre S. 142; Eucken a. a. O.
 - (2) Auf welche Weise die Übertragung der besonderen Aufgabe stattfindet, kann beim jetzigen Stand der Untersuchung noch nicht entschieden werden, ist jedoch in diesem Zusammenhang ohne Belang. Siehe hierzu unten A IV S. 34 ff.
 - (3) s. o. A III 2 b.

deren Regelungen für den Verkehr und die Landwirtschaft, betrachtet er die Anwendung der Wettbewerbsregeln als das angemessene Mittel der Integration. Dies gilt grundsätzlich auch für die Dienstleistungswirtschaft. Nach Art. 90 II kann die Anwendung gewisser Vertragsregeln zu einer "Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe" führen. Was darunter im einzelnen zu verstehen ist, und wie sich die Verhinderung feststellen läßt, muß zunächst noch unentschieden bleiben. Klar zutage zu treten scheint jedoch eines: Die Wettbewerbsfreiheit hätte negative Auswirkungen. Damit kann nicht nur der wettbewerbsbedingte Verlust von Kunden gemeint sein, denn gerade in der Verdrängung weniger leistungsfähiger Unternehmen vom Markt liegen die positiven Auswirkungen des freien Wettbewerbs. Da Art. 90 II nicht die nationalen Eigeninteressen an einer autarken Versorgung mit Dienstleistungen schützt, und auf einen möglichst weitgehenden Austausch von Dienstleistungen nicht verzichtet, kann die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Unternehmen nur darin begründet sein, daß durch die Wettbewerbsfreiheit der für die Allgemeinheit schädliche Mißbrauch der Marktmacht nicht zu verhindern ist. Wenn in diesem Zusammenhang von "Undurchführbarkeit" des Wettbewerbs gesprochen wird, ist damit nicht gemeint, der Wettbewerb sei theoretisch nicht denkbar oder könne im einzelnen Falle nicht zu einer günstigeren Versorgung führen, sonst bedürfe es nicht der ausdrücklichen Festlegung der Nichtanwendbarkeit von Vertragsregeln. Undurchführbarkeit bedeutet vielmehr, daß nach wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen der Wettbewerb ungeeignet ist, die optimale Marktsituation herbeizuführen (1).

d. Die wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistungen

Daß Dienstleistungen lebenswichtig sind, ergab sich bereits mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Begriff "allgemeines wirtschaftliches Interesse". Ergänzend ist auf folgendes hinzuweisen: Erbringt ein Unternehmen jederzeit substituierbare Leistungen, (2) so ist eine über die allgemeine Mißbrauchsaufsicht, wie sie sich in den Wettbewerbsgesetzen findet, hinausgehende staatliche Intervention nicht erforderlich. Die Allgemeinheit ist insofern hinreichend geschützt, als jedermann die Entscheidungsfreiheit über den Vertragsschluß hat. Die Wettbewerbsgesetze verhindern weder noch begünstigen sie die Entstehung oder den Fortbestand von Monopolen, sofern diese im Wege des redlichen, d.h. unverfälschten Wettbewerbs zustande kommen. Bei den Unternehmen, die eine "besondere Aufgabe" zu erfüllen haben, geht der staatliche Einfluß über die reine Mißbrauchskontrolle hinaus.

(1) Vgl. hierzu Haussmann, Die öffentliche Hand S. 23 unter Hinweis auf die amerikanische Judikatur.

(2) Vgl. hierzu Ballerstedt, VEnergR 5, 12 ff.

Sein Ziel ist es, die Tätigkeit als solche aufrechtzuerhalten (1).
Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Dienstleistungen liegt dies im öffentlichen Interesse.

e. Zusammenfassung

Die für das Entstehen der offenen Gemeinschaft im Sinne Ballerstedts maßgebenden Gesichtspunkte decken sich mit der Öffentlichkeitsbindung, wie sie Art. 90 II mit dem Begriff "allgemeines wirtschaftliches Interesse" umschreibt. Zwar läßt sich nicht ausschließen, daß einzelne Vertragsunterhändler von einer weniger materiellen, auf wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen aufbauenden Rechtfertigung der Sonderbehandlung der Dienstleistungswirtschaft ausgingen, oder zumindest keine volle Klarheit über die besondere Interessenlage dieser Wirtschaftsbereiche hatten, möglicherweise insgeheim sogar einen Schutz der nationalen Wirtschaften anstrebten. Dies ist meines Erachtens jedoch von sekundärer Bedeutung (2).

Der Vertrag ist so auszulegen, daß Diskriminierungen einzelner Mitgliedstaaten ausgeschlossen sind. Dabei kommt es weniger auf den wirklichen, sondern auf den tatsächlich erklärten Willen der Vertragsunterhändler an. Mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Art. 90 II läßt sich die oben entwickelte Auslegung nach dessen Wortlaut und Systematik, aber auch nach dem Gesetzeszweck ohne Widersprüche vereinbaren. Die zunächst als Arbeitshypothese dienende Gleichsetzung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses mit dem Interesse der offenen Gemeinschaft ist somit erwiesen. Auf dieser grundlegenden Erkenntnis wird die Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale aufbauen.

Zuvor sei noch auf ein Problem eingegangen, das sich aus dem Attribut "wirtschaftlich" ergibt. Es wird die Ansicht vertreten (3), eine Qualifizierung des allgemeinen Interesses als **w i r t s c h a f t l i c h e s** Interesse hätte es nicht bedurft.

Eine Wirtschaftsgemeinschaft befasse sich ausschließlich mit der Regelung von Wirtschaftsabläufen. In einer Wettbewerbsregel, wie sie Art. 90 zumindest gesetzes-systematisch darstellt, sei dieser Hinweis vollends überflüssig, denn wo keine wirtschaftlichen Belange im Spiel sind, handelt es sich nicht um Wettbewerb im technischen Sinne. Dennoch ist meines Erachtens dem Attribut "wirtschaftlich" nicht jede Bedeutung abzusprechen; Ballerstedt bezieht das Interesse der offenen Gemeinschaft auf die Fälle der Deckung des lebenswichtigen Bedarfs. Gemeint sein kann wohl nur die Versorgung des Einzelnen, der Kleinabnehmer, der privaten

(1) Das hauptsächliche Mittel hierzu ist die Betriebspflicht.

(2) Vedel bei Cartou a.a.O. S. 13; siehe auch die Ausführung und Nachweise oben S. 9 ff.

(3) Orianne a.a.O. S. 5; Deringer Rdn. 74 zu Art. 90.

Haushalte. Werden auch die gewerblichen Wirtschaft, insbesondere größere Unternehmen versorgt, stellt dieser Vorgang keine Deckung des *l e b e n s w i c h t i g e n* Bedarfs dar, wenn auch die Leistungen für Unternehmen nicht weniger dringlich sein müssen. Die dem lebensnotwendigen Bedürfnis des Einzelnen entsprechende Interessenlage bei der gewerblichen Wirtschaft ist die Bedeutung des Gutes für die Aufrechterhaltung von deren Funktionsfähigkeit. Wenn auch an die Zumutbarkeit der Substitution von Gütern oder Dienstleistungen bei wirtschaftlichen Unternehmen nicht die gleichen Anforderungen zu stellen sind, so kann im Einzelfalle die Dringlichkeit der Versorgung für die Wirtschaft in ihrer Intensität der Lebensnotwendigkeit der Versorgung des Einzelnen gleichkommen. Der Begriff "allgemeines wirtschaftliches Interesse" umfaßt somit auch das Interesse der gewerblichen Wirtschaft an der Versorgung mit Dienstleistungen, sofern diese zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Unternehmen erforderlich sind (1).

IV Der formale Aspekt

1. Bisherige Lösungen

Nach Art. 90 II sind die Unternehmen "mit Dienstleistungen betraut" und erfüllen eine ihnen "übertragene Aufgabe". Bei der Bestimmung dieses eingangs als "formaler Aspekt" gekennzeichneten Begriffspaares bestehen, was Form und Inhalt betrifft, noch weitgehende Meinungsverschiedenheiten.

Nach von Reepingen (2) und Günther (3) kommt es auf das Betrautsein (4) nicht an. Es genügt, daß die Unternehmen Dienstleistungen erbringen. Nach

- (1) Everling a. a. O. A 4 zu Art. 90 ; Deringer Rdn. 77 zu Art. 90; von Gamm a. a. O. S. 44; vgl. auch Waline, *Droit Administratif* S. 664; ebenso die *Public Utility Regulation*; Bauer a. a. O. S. 3.
- (2) a. a. O. S. 1 o. Begründung
- (3) WUW 57, 275 (289) o. Begründung
- (4) Die Verwendung der Ausdrücke "Betrauung" und "Übertragung" unterbleibt hier absichtlich zugunsten der Formulierung des Art. 90 II. Während die Substantive einen bestimmten Rechtsakt umschreiben können, sind die Adjektive betraut (*chargé*, *incarité*, *belast*) neutraler. Sie können sowohl auf einen Rechtsakt (Form) wie auch auf ein Rechtsverhältnis (materieller Inhalt) abstellen.

Francescelli (1) sind die Unternehmen auch dann betraut, wenn sie "ermächtigt" (autorisé) sind. Everling (2), Scheuten (3), Malzer (4) und Deringer (5) fordern eine Übertragung der besonderen Aufgabe kraft Hoheitsaktes. Dabei verlangt ein Teil der Literatur (6) einen individuellen förmlichen Hoheitsakt, während nach den anderen Autoren die Unternehmen auch kraft Gesetzes, Vertrags oder Verwaltungsaktes betraut werden können (7).

Die Unterschiede in den zudem meist nicht näher begründeten Ansichten ergeben sich vor allem aus der mangelnden dogmatischen Klärung der besonderen Interessenlage der Unternehmen. Von den oben entwickelten Ergebnissen ausgehend sind die "formalen" Tatbestandsmerkmale im folgenden zu untersuchen.

2. Eigener Lösungsvorschlag

Der Versuch, die beiden Begriffe "betraut" und "übertragene Aufgabe" aus dem Wortsinn heraus zu erfassen, stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Betrauen ist ebenso wenig wie "charger", "incaritare" und "belasten" ein technischer Begriff des Wirtschaftsrechtes (8). Insbesondere läßt sich nicht entscheiden, ob der Begriff ein öffentlich- oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, bzw. einen solchen Rechtsakt umschreibt. Ist jemand betraut, so ist er vom Betrauenden ermächtigt, in der Regel aber auch verpflichtet, in bezug auf einen bestimmten Gegenstand die Interessen des Betrauenden wahrzunehmen. So gesehen ist "betrauen" gleichbedeutend mit "beauftragen". Dasselbe gilt von der besonderen übertragenen Aufgabe. Auch sie erschöpft sich nicht in Rechten, sondern enthält auch Pflichten, die der Übertragende möglicherweise selbst zu erfüllen hätte oder deren Erfüllung er zu gewährleisten hat. Der Wortlaut der Begriffe "betraut" und "übertragen" läßt somit keine Unterscheidung der Art zu, in einem davon nur die Auferlegung von Pflichten, im anderen hingegen die Einräumung von - möglicherweise ausschließlichen - Rechten zu erblicken. Wenn Art. 90 II die mit Dienstleistungen "betrauten" Unterneh-

(1) a. a. O. S. 9.

(2) A 4 zu Art. 90.

(3) ET 62, 128.

(4) WUW 63, 203 (215).

(5) Rdn. 78 zu Art. 90.

(6) Scheuten a. a. O.; Malzer a. a. O.

(7) Insbesondere Deringer a. a. O., Francescelli a. a. O.; Nach Drago a. a. O. und Orianne a. a. O., die die Unternehmen des Art. 90 II mit denen des Service Public gleichsetzen, erfolgen das "Betrauen" und "Übertragen" in einem Contrat de concession de service public, einem gemischt öffentlich und privatrechtlichen Verwaltungstypus.

(8) Vgl. hierzu Fischerhof BB 62, 783.

men konkretisiert, indem er von den ihnen "übertragenen" Aufgaben spricht, so ist damit ein und derselbe Tatbestand gemeint. Die Unterscheidung hat meines Erachtens rein sprachliche Gründe: Sie will eine Wiederholung vermeiden. Beide Begriffe sind somit in einer Zusammenschau auszulegen. Aus Gründen der Vereinfachung werden im folgenden, die Begriffe betraut und übertragen als "Betrauungsverhältnis" bezeichnet.

Es stellen sich bei der Klärung des Betrauungsverhältnisses folgende hauptsächliche Fragen:

- a. Wer betraut, bzw. überträgt die besondere Aufgabe?
- b. Welchen Inhalt hat das Betrauungsverhältnis?
- c. In welcher Form wird betraut und übertragen?

zu a. Wenn der Vertrag gewisse Wirtschaftsbereiche mit Rücksicht auf deren Betrauungsverhältnis einer Sonderbehandlung unterwirft, so knüpft er an rechtliche Regelungen an, die ihre Grundlage in den nationalen Rechtsordnungen haben. Ein Unternehmen wird nicht erst durch den Vertrag zu einem mit Dienstleistungen betrauten, dem besondere Aufgaben übertragen sind. Der Vertrag stellt nicht ausdrücklich besondere Anforderungen an die Person des Betrauenden. Maßgebend ist somit hierfür das Wirtschaftsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten (1). Für die Beurteilung der Eignung eines Wirtschaftsbereiches für die Wettbewerbsfreiheit macht es keinen Unterschied, ob die Zentralgewalt oder die ihr nachgeordneten Träger hoheitlicher Gewalt die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen.

zu b. Bei der Bestimmung des materiellen Inhaltes des Betrauungsverhältnisses ist an die Ergebnisse der Auslegung des Begriffs "allgemeines wirtschaftliches Interesse" anzuknüpfen. Danach hatte der hoheitliche Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung der Unternehmen die Funktion, die Interessen der Allgemeinheit wegen der Dringlichkeit gleichsam treuhänderisch zu wahren. Das Betrauungsverhältnis erschöpft sich somit nicht, wie der Wortlaut vermuten ließe, in der Einräumung von Rechten und Pflichten der Unternehmen. Es besteht vielmehr in einer besonderen, von der Wettbewerbswirtschaft abweichenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Regelung. Sie setzt die Aufrechterhaltung der Marktmacht voraus und unterwirft die Unternehmen besonderen Pflichten, die zu erfüllen ohne entsprechende Privilegien nicht möglich wäre.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten den Inhalt

(1) Francescellì a.a.O. S. 7; Deringer Rdn. 80 zu Art. 90. In Deutschland bedürfen Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit einer gesetzlichen Grundlage. Art. 29 III GG; vgl. auch; Forsthoff, Lehrbuch S. 114; Münch JZ 60, 303; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 537.

des Betrauungsverhältnisses zu bestimmen haben. Dies ist nur teilweise zu bejahen. Zwar richtet sich der Eingriff in die Unternehmensfreiheit nach innerstaatlichem Recht. Dieser Eingriff ist nicht per se von Art. 90 II sanktioniert, insbesondere wird ein Unternehmen nicht durch die staatliche Intervention als solche zu einem Dienstleistungsunternehmen. Das verdeutlicht ein Vergleich des Art. 90 II mit Art. 37 :

Die mit einer besonderen Aufgabe betrauten Unternehmen sind gleichzeitig solche, deren Einfuhr die Staaten zumindest mittelbar kontrollieren. Die Unternehmen des Art. 90 sind somit eine besondere Art staatlicher Handelsmonopole im Sinne des Art. 37, nicht aber sind sämtliche Handelsmonopole Dienstleistungsunternehmen. Art. 90 II begnügt sich nicht mit dem Vorliegen eines irgendwie gearteten staatlichen Einflusses, sonst wäre die Vorschrift des Art. 37 sinnlos. Um der Anwendung der Vertragsregeln über Art. 37 hinaus zu entgehen, stellt Art. 90 II weitere Anforderungen an die Funktion der Unternehmen und die potentiellen negativen Auswirkungen der Wettbewerbsfreiheit auf die Versorgung der Allgemeinheit. Zum Betrauungsverhältnis im Sinne des Art. 90 II gehören somit die der optimalen Versorgung der Allgemeinheit mit Dienstleistungen dienenden hoheitliche Eingriffe in die unternehmerische Betätigungsfreiheit. Daß die staatlichen Eingriffe in die Wirtschaftsbereiche nicht ohne Rücksicht auf ihren materiellen Inhalt eine wettbewerbsrechtliche Sonderbehandlung rechtfertigen, verdeutlicht auch die Vorschrift des Art. 90 I (1). Die Dienstleistungsunternehmen sind, sofern sie nicht bereits öffentliche Unternehmen sind, solche, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren (2). Wenn dennoch für die Dienstleistungsunternehmen abweichend von Abs. I die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gleichbehandlung nicht besteht, so ist hieraus nicht nur zu entnehmen, daß Abs. 2 mehr auf die besonderen Pflichten der Unternehmen abstellt (3), sondern, daß es den Mitgliedstaaten nicht freigestellt ist, den Kreis der Unternehmen beliebig weit zu ziehen.

zu c. Berücksichtigt man die materielle Bedeutung des Betrauungsverhältnisses, so ist bei der Würdigung der Formerfordernisse an das Betrauungsverhältnis behutsam vorzugehen, zumal - wie darzulegen war - weder die deutsche Fassung, noch die übrigen Vertragssprachen sich nur eine Auslegung zulassender Formulierungen bedienen (4).

-
- (1) Vgl. hierzu insbesondere Deringer Rdn. 9-16 zu Art. 90; Huber, Gemeinschaftskomm. A1-6 zu § 98; de Soto a. a. O. S. 4.
 - (2) Art. 90 I 2. Alternative.
 - (3) Deringer Rdn. 50 und 85 zu Art. 90.
 - (4) van der Elst und Salmon a. a. O. S. 5.

Der Vertrag findet mehrere, in ihrer Entwicklung voneinander unabhängige Rechtsordnungen vor. Dies gilt insbesondere vom Wirtschaftsrecht, in dem sich schematische Einteilungen, etwa in romanischen und deutschen Rechtskreis, nicht ohne unerträgliche Verallgemeinerungen durchführen lassen. Die Organisationsformen des Wirtschaftsverfassungsrechts sind durch mannigfaltige nationale Eigenheiten historischer (1), ideologischer (2), politischer, fiskalischer, geographischer und sonstiger Art gekennzeichnet. Oft hängt die unterschiedliche rechtliche Gestaltung derselben Wirtschaftsbereiche von Zufällen ab.

Um eine diskriminierende Anwendung des Art. 90 II zu vermeiden, kann die zu gestellte Frage nur wie folgt lauten :

Welches sind die formalen Minimalanforderungen an die hoheitlichen Eingriffe, um noch als Betrauungsverhältnis zu gelten ?

aa. Es genügt in der Regel nicht, daß die Unternehmen Dienstleistungen erbringen wie van Reephinghen (3) und Günther (4) annehmen. Die Tätigkeit wird erst dann zu einer im Sinne des Art. 90 schutzwürdigen, wenn der zuständige Träger hoheitlicher Gewalt im Rahmen der Wirtschaftsverwaltung Maßnahmen getroffen hat, um Monopolmißbrauch zu verhindern und die Belieferung der auf die Dienstleistungen angewiesenen Allgemeinheit (offene Gemeinschaft) durch bestimmte Unternehmen sicherzustellen (5).

bb. Es sind hingegen keine Gründe ersichtlich, die einen individuellen Hoheitsakt erfordern (6). Zwar kann ein Unternehmen in dem öffentlich-rechtlichen Gründungsakt oder aufgrund einer Konzession mit der Wahrnehmung besonderer Aufgaben betraut werden (7). In der Mehrzahl der Fälle haben sich die Unternehmen kraft freier Initiative entwickelt und sind nach Erlangung ihrer Monopolstellung später der staatlichen Aufsicht unterworfen, bzw. sind mit besonderen Pflichten belegt worden. Wenn etwa ein Gesetz das Entstehen weiterer Unternehmen des gleichen Wirtschaftsbereiches durch Einschränkung der Gewerbefreiheit verhindert, so entsteht auch dadurch ein Betrauungsverhältnis im Sinne des Art. 90 II.

(1) z. B. Kriegswirtschaft.

(2) Als hauptsächlicher ökonomischer Theorienstreit ist der zwischen Liberalismus und Sozialismus des 19. und 20. Jahrhunderts zu nennen. Vgl. hierzu : Heimann, Geschichte der volkswirtschaftlichen Lehrmeinungen a. a. O.

(3) a. a. O. S. 1.

(4) WUW 57, 289.

(5) Hierzu gehört vor allem die Betriebspflicht. Ihr entspricht funktionell die staatliche Beteiligung oder Betätigung in der Wirtschaft.

(6) a. A. Scheuten ET 62, 128; Malzer WUW 63, 203.

(7) Francescellì a. a. O. S. 8; Orianne a. a. O. S. 1; Deringer Rdn. 79 zu Art. 90.

cc. Fraglich erscheint, ob die Interessen der offenen Gemeinschaft nur bei hoheitlichen Eingriffen gewahrt sind. Es sind Fälle denkbar, in denen sich die öffentliche Hand durch den Erwerb einer Kapitalbeteiligung oder durch eigene unternehmerische Betätigung einen Einfluß auf die Geschäftsführung der Unternehmen verschafft und damit die Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt. Auch darin ist ein Betrauungsverhältnis zu sehen, sofern darüber hinaus der maßgebliche Tatbestand erfüllt ist : Der Schutz der Marktstellung sowie die Verhinderung des Entstehens von Konkurrenzunternehmen.

dd. Entsprechendes gilt für die Erbringung von Dienstleistungen in Regiebetrieben. Bei wörtlicher Auslegung der Begriffe betrauen und übertragen wäre ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten, dem Betrauenden und Übertragenden einerseits und dem betrauten Unternehmen, dem eine besondere Aufgabe übertragen ist, zu fordern. Dies ist nicht der Fall bei in die öffentliche Verwaltung eingegliederten Unternehmen (Regiebetriebe). Dennoch wird man nach den obigen Ausführungen auch hier ein Betrauungsverhältnis annehmen dürfen, soweit die Unternehmen die Interessen der Allgemeinheit wahrnehmen und wettbewerbsrechtliche Privilegien genießen (1).

d. Zusammenfassend ergibt sich folgendes : Das Betrauungsverhältnis besteht in der staatlichen, nicht notwendig öffentlich-rechtlichen Kontrolle der Dienstleistungswirtschaft. Seine Form richtet sich nach innerstaatlichem Recht, sie tritt hinter der Funktion zurück. Zur Begründung eines Betrauungsverhältnisses bedarf es keines individuellen Rechtsaktes oder der ausdrücklichen Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten. Diese können nur mittelbare Folge der Verhinderung anderer Unternehmen an der Erbringung von Dienstleistungen sein.

(1) Francescelli a. a. O. S. 12 sieht darin sogar die Mehrzahl der Anwendungsfälle des Art. 90 II.

B. Die Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe

I. Verhinderung - Behinderung

Die Literatur (1) legt bei der Auslegung des Ausdrucks verhindern besonderen Wert auf die Feststellung, eine Behinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe gegeben nicht. Ein Vergleich der vier Vertragssprachen ergibt folgendes Bild :

Die niederländische Fassung spricht ebenfalls von *verhindern*, die französische den Ausdruck "*faire échec*" (2), die italienische "*ostare*". Nur *ostare* umschreibt kein unüberwindliches Hindernis.

Aufschlußreich ist ein Vergleich mit Art. 85 I, in dem der Begriff verhindern ebenfalls verwendet wird. Dort lautet die italienische Fassung "*impedire*", was dem deutschen verhindern entspricht, während der französische Vertragswortlaut *empêcher* verwendet. Dies ist weniger streng als das "*faire échec*" in Art. 90 II.

Zusammenfassend ergibt sich hieraus, daß nur die italienische Fassung des Art. 90 II eine Auslegung im Sinne von "behindern" zuläßt. Ob dem jedoch bei dem klaren Wortlaut der übrigen Vertragstexte Bedeutung zukommt, erscheint zweifelhaft.

Zur Klärung könnte die historische Auslegung beitragen. Im Gegensatz zu den übrigen Teilen des Art. 90 II ist die Entstehungsgeschichte dieses Tatbestandsmerkmals bekannt geworden. De Snoy et d'Oppuers (3), einer der Unterzeichner des Vertrags, hat darüber in dem bereits erwähnten Brüsseler Kolloquium berichtet : Die Vorschrift des Art. 90 enthielt auf französischen Vorschlag zunächst, anstatt des Begriffs verhindern, die Wendung "*ne rend pas impossible*". Daraufhin hat die deutsche Delegation, die den Staatsmonopolen besonders "argwöhnisch" gegenübergestanden sei, vorgeschlagen, diese Klausel in "unerträgliche Erschwerung" (*ne rend pas difficile d'une façon intolérable*) zu ändern. Sie konnte sich damit aber nicht durchsetzen, so daß man sich, wiederum auf französischen Vorschlag, auf "*ne fait pas échec*" geeinigt hat. Man habe dann, so berichtet de Snoy, in dem Nachsatz (Art. 90 II 2) eine "grundlegende Begrenzung der Ausnahme" gesetzt.

-
- (1) Fischerhof BB 62, 782; Malzer WUW 63, 203; Körfer-Malzer a. a. O. S. 108; Francescellì a. a. O. S. 3; Deringer Rdn. 92 zu Art. 90; a. A. Everling A1 zu Art. 90, der in seiner Kommentierung allerdings o. Begr. jeweils nur von "behindern" spricht.
 - (2) Francescellì a. a. O. S. 7 nimmt irrtümlich an, *faire échec* sei mehr als verhindern. Verhindern ist jedoch schlechterdings nicht mehr zu steigern.
 - (3) a. a. O. S. 4 ff. Ob diese mittelbare Heranziehung der Vorarbeiten allerdings als Auslegungskriterium anerkannt werden kann, ist streitig (Vgl. Bernhardt, a. a. O. S. 120) Die vorgeschlagene Lösung geht deshalb eigene Wege.

Nach wörtlicher und historischer Auslegung reicht eine bloße Behinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht aus.

II. Eigener Lösungsvorschlag

Mit der Feststellung, eine Behinderung reiche nicht aus, ist für die Anwendung des Art. 90 II wenig gewonnen. Verhindern bezieht sich auf "besondere Aufgabe". Je nach der Wertung, die die besondere Aufgabe erfährt, ändert sich auch der Inhalt der Verhinderung. Der sachgerechte Weg zu einer Lösung hat meines Erachtens die Wendung "Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe" als Einheit aufzufassen, sie vom Normzweck her auszulegen.

Auszugehen ist wiederum von dem Ergebnis der Untersuchung des Ausdrucks "allgemeines wirtschaftliches Interesse". Die Interessenlage der Unternehmen kennzeichnet deren natürliche Monopol tendenz. Der freie Wettbewerb ist undurchführbar, denn er gewährleistet im Gegensatz zu den sonstigen Wirtschaftsbereichen nicht den für die Allgemeinheit günstigsten Marktablauf. Die Funktion der hoheitlichen Eingriffe besteht in der Wahrung der Interessen der offenen Gemeinschaft. Die Lenkungsmaßnahmen haben den Zweck, das gestörte Marktgleichgewicht herzustellen und die ordnungsgemäße Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern zu gewährleisten. Dem entspricht auf der Seite der Unternehmen deren besondere Aufgabe. Jede Auslegung des Art. 90 II hat in erster Linie zu beachten, daß die Vorschrift den Fortbestand der besonderen Aufgabe voraussetzt.

Wenn Art. 90 II die Unternehmen vor der durch die Anwendung der Vertragsregeln eintretenden Verhinderung (1) der Erfüllung der besonderen Aufgabe schützt, so kann er damit nicht die Beseitigung der besonderen Marktstellung der Unternehmen anstreben. Sobald der Schutz der Marktstellung als Voraussetzung der besonderen Pflichten entfällt, müssen auch die Pflichten selbst entfallen. "Forderung nach freiem Wettbewerb und Privilegierung einzelner Wettbewerber unter Berufung auf das Gemeinwohl ist ein Widerspruch in sich, weil der Gedanke des freien Wettbewerbs gerade auf der Annahme grundsätzlich gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle Wettbewerber - *par conditio concurrentium* - beruht" (2). Wie zu zeigen war, nehmen die Dienstleistungsunternehmen jedoch eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Sonderstellung ein. Es ist nicht angängig, einzelne Unternehmen als Monopole besonderen Pflichten zu unterwerfen und sie gleichzeitig dem Wettbe-

-
- (1) Eine Unterscheidung in rechtliche und tatsächliche Verhinderung ist an dieser Stelle wenig sinnvoll. Es gibt keine rechtliche Verhinderung, die ohne tatsächliche Wirkungen bliebe, ebenso wie jede tatsächliche Verhinderung auch rechtliche Konsequenzen haben muß. Ebenso Francescellì a. a. O. S. 7.
- (2) Fikentscher, Rechtsgutachten Bundesbahn II S. 14; derselbe auch in "Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz" S. 306 ff.

werb anderer, keinen besonderen Verpflichtungen unterliegenden Unternehmen auszusetzen. Obwohl diese Feststellungen sehr trivial sind, werden sie dennoch von den Verfechtern der Wettbewerbsfreiheit für die Unternehmen des Art. 90 II nicht genügend berücksichtigt. Ob selbst die Vertragsunterhändler über das Verhältnis von gemeinwirtschaftlicher Funktion der Unternehmen im Interesse des Wohls der Allgemeinheit und der Möglichkeit der Statuierung des freien Wettbewerbs völlige Klarheit besaßen, erscheint angesichts der Wahl des Begriffs "verhindern" zumindest zweifelhaft. Unter "verhindern" sind nach dem Sprachgebrauch die potentiellen Auswirkungen des Wettbewerbs gemeint. Durch die Wettbewerbsfreiheit würde aber die Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht verhindert, sondern sie müßte als notwendiges Korrelat zur Monopolstellung selbst entfallen. Soweit die Unternehmen ihre sich aus der Monopolstellung ergebenden Pflichten erfüllen, darf durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln weder eine Verhinderung noch eine Behinderung eintreten.

Andererseits sind keine Gründe für eine wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Dienstleistungsunternehmen in bezug auf die Betätigungen ersichtlich, die mit der Erfüllung der besonderen Aufgabe (Monopolpflichten) nicht zusammenhängen.

Kann der Begriff Verhinderung mit Rücksicht auf den Grundsatz der Chancengleichheit der Wettbewerber nicht die Auswirkungen der Wettbewerbsfreiheit auf die in monopolistischer Marktform erbrachten Dienstleistungen umschreiben, so bedarf er einer berichtigenden Auslegung. Auszugehen ist hierbei von der bereits oben getroffenen Feststellung, wonach sich der Inhalt des Betrauungsverhältnisses nach Gemeinschaftsrecht bestimmt, die Entscheidung über die Form jedoch den einzelnen Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Der Inhalt des Betrauungsverhältnisses bestand nach den bisherigen Ergebnissen in der der bestmöglichen Versorgung der Allgemeinheit dienenden Beschränkung der Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit. Da die Mitgliedstaaten unterschiedliche, möglicherweise weit über das zur ordnungsgemäßen Versorgung der offenen Gemeinschaft notwendige Maß hinausgehende Eingriffe unter Berufung auf das Interesse der Allgemeinheit vorgenommen, bzw. die Entwicklung des Handelsverkehrs hemmende Maßnahmen der Unternehmen privilegiert haben, bedarf die besondere Aufgabe auf Gemeinschaftsebene einer Einschränkung nach ihrer Schutzwürdigkeit. Es sind nur die Wettbewerbsbeschränkungen von Art. 90 II sanktioniert, bei denen die Schaffung einer marktwirtschaftlichen Ordnung durch Anwendung der Vertragsregeln das Interesse der offenen Gemeinschaft nicht ebenso gewährleistet.

Wie im Begriff verhindern zum Ausdruck kommt, ist an die Erforderlichkeit der Eingriffe ein strenger Maßstab zu legen. Die der Erfüllung der besonderen Aufgabe dienenden, von Art. 90 II sanktionierten Tatbestände beschränken sich somit auf die zur optimalen Versorgung der Allgemeinheit unbedingt erforderlichen (unerläßlichen) Vertragsverletzungen.

III. Zusammenfassung

Die Auslegung des Ausdrucks Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe führt zu folgenden Erkenntnissen :

- a. Der Begriff ist berichtigend auszulegen und mit den dogmatischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts in Einklang zu bringen : Die Aufrechterhaltung von Monopolpflichten (besondere Aufgabe) unter gleichzeitiger Statuierung der Wettbewerbsfreiheit verstieße gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Wettbewerber (*par conditio concurrentium*).
- b. In bezug auf die Erbringung von Leistungen, die der Erfüllung der besonderen Aufgabe dienen, gelten die Wettbewerbsregeln überhaupt nicht, sofern dadurch ihre privilegierte Stellung beseitigt würde. Was dagegen die Betätigung auf Gebieten, in denen die Unternehmen keinen besonderen Pflichten unterliegen, betrifft, tritt gemäß Art. 90 II 1 keine Privilegierung ein.
- c. Der Ausdruck Verhinderung grenzt die sich nach dem Recht der Mitgliedstaaten bestimmende besondere Aufgabe ein. Nur diejenigen Vertragsverletzungen sind zulässig, die für die optimale Versorgung der Allgemeinheit unerlässlich sind. Das trifft nicht zu, wenn dasselbe Ziel ebenso gut durch Anwendung der Vertragsregeln zu erreichen ist.
- d. Art. 90 II bezweckt den Schutz der besonderen Marktstellung. Es gibt Vertragsregeln, die in jedem Falle anwendbar sind, da sie zur Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht erforderlich sind und die Marktstellung der Unternehmen unberührt lassen (1). Eine nähere Untersuchung wird noch zurückgestellt, um zunächst zu prüfen, ob das Ergebnis der Auslegung des Satz 1 nicht eine Modifizierung durch die Vorschrift des Satz 2 erfährt.

C. Die Regelung des Art. 90 II Satz 2

I. Problematik, bisherige Lösungen

Art. 90 II 2 bestimmt : "Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft".

(1) Gemeint sind etwa die Vorschriften über den Zollabbau, Monopolmißbrauch, Dumping etc. S. hierzu unten D.

Inhalt und systematische Bedeutung des Satz 2 sind noch wenig geklärt. Dies mag zunächst ein Überblick über die wesentlichen in der Literatur vertretenen Ansichten verdeutlichen. Hartmann (1) hält den Begriff Interesse der Gemeinschaft wie den des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses für wenig bestimmt, als daß Satz 2 der Auslegung fähig wäre. Er fordert deshalb eine Konkretisierung im Wege der Gesetzgebung. Van der Elst und Salmon (2) sehen in der Anwendbarkeit der Vertragsregeln gemäß Satz 1 den Grundsatz und in dem Tatbestand der Verhinderung eine Ausnahme. Der Nachsatz stelle die Wettbewerbsfreiheit wieder her und sei deshalb als (Unter-) Ausnahmetatbestand zu qualifizieren. Deringer (3) betrachtet hingegen Satz 1 und 2 als zwei gleichrangige Regelungen, die einander beeinflussen und in einer Zusammenschau auszulegen seien. Der Nachsatz sei dabei nicht Ausnahme, sondern "materielle Grenze" (4) des Satz 1. Was das Interesse der Gemeinschaft angeht, so mißt ihm Schumacher (5) den Vorrang vor dem Interesse der Mitgliedstaaten zu. Grassetti (6) hält dies zwar im allgemeinen für richtig. Da der Vertrag jedoch nur eine partielle Integration anstrebe, habe das öffentliche Interesse der Mitgliederstaaten in Art. 90 II ausnahmsweise den Vorrang vor dem Interesse der Gemeinschaft (7). Nach de Snoy (8) bedeutet die Bezugnahme auf das Interesse der Gemeinschaft das Anliegen, "einen Markt zu schaffen, in dem das freie Spiel des Wettbewerbs herrscht". Diese Ansicht wird von der überwiegenden Literatur geteilt (9). Sie entnimmt das Interesse der Gemeinschaft den Vorschriften der Art. 2 und 3 EWGV. Danach ist die Anwendung der typischen Mittel der Verwirklichung der Vertragsziele von dem Interesse der Gemeinschaft mitumfaßt. Die hierbei auftauchenden Schwierigkeiten werden dabei nicht verkannt. So hält etwa Deringer (10) in einem gewissen Widerspruch zu seinen vorherigen Ausführungen, die Bestimmung des Interesses der Gemeinschaft für eine politische Entscheidung.

Die unterschiedlichen, in der Literatur vertretenen Ansichten vermögen meines Erachtens allesamt die praktische Bedeutung des Nachsatzes nicht zu erklären.

(1) a. a. O. S. 12.

(2) a. a. O. S. 2 und 12.

(3) a. a. O. Rdn. 86 - 101 zu Art. 90.

(4) Rdn. 89 zu Art. 90.

(5) a. a. O. S. 35.

(6) a. a. O. S. 8.

(7) unvollständiges und somit sinnveränderndes Zitat bei Deringer a. a. O. Fußn. 85 zu Art. 90.

(8) a. a. O. S. 5.

(9) Rasquin a. a. O. S. 5; de Soto a. a. O. S. 14; Deringer Rdn. 100 zu Art. 90; van der Elst und Salmon a. a. O. S. 5; Grassetti a. a. O. S. 8.

(10) Rdn. 100 zu Art. 90.

Im folgenden wird der Nachsatz unter Beachtung der aus Satz 1 entwickelten besonderen Interessenlage der Unternehmen untersucht. Es erscheint zweckmäßig, den Inhalt des zentralen Begriff "Interesse der Gemeinschaft" vorwegzubestimmen.

II. Begriffsbestimmung "Interesse der Gemeinschaft" (1)

Im Vertrag kommt die Wendung "Interesse der Gemeinschaft" nur einmal vor. Er enthält jedoch ähnliche Ausdrücke wie "Funktionieren des Gemeinsamen Marktes" (2), "Fragen allgemeinen Interesses" (3), "Wohl der Gemeinschaft" (4), ohne daß bei der Wahl der Formulierungen ein bestimmtes System zu erkennen ist. Der Grund mag mehr in der mangelnden Koordinierung der den Vertragstext vorbereitenden Ausschüsse liegen, als in sachlichen Unterschieden (5).

Zunächst ist festzustellen, was mit dem Interesse der Gemeinschaft nicht gemeint ist.

1. Negative Abgrenzung

a. Interesse der Mitgliedstaaten

Im Schrifttum (6) besteht weitgehend darüber Einigkeit, daß das Interesse der Gemeinschaft nicht identisch ist mit dem Interesse aller Mitgliedstaaten. Wenn auch

- (1) frz : l'intérêt de la Communauté; it : interessi de la Comunità; nl : het belang van het Gemeenschap. Die Tatsache, daß die italienische Fassung im Gegensatz zu den übrigen Vertragstexten von Interessen (Plural) spricht, ist irrelevant.
- (2) Vgl. Art. 100, 109, 226 III, 235.
- (3) Vgl. Art. 103, 107, 92 IIIc.
- (4) Vgl. 223 I b.
- (5) de Snoy a. a. O. S. 5; "Je ne crois pas qu'il faille chercher des explications compliquées à ces divergences des termes qui recouvrent en fait un seule et même souci : le maintien d'un marché où la concurrence puisse jouer librement".
- (6) Orianne a. a. O. S. 4; de Soto a. a. O. S. 11; de Snoy a. a. O. S. 7; Rasquin a. a. O. S. 3; Deringer Rdn. 99 zu Art. 90; vgl. auch Urt. Ger. Hof d. Europ. Gem. 15/57 Bd. IV S. 187 ff.; a. A. Grassetti a. a. O. S. 6 ff.

häufig das gleichgerichtete Interesse aller Mitgliedstaaten als Indiz für die Übereinstimmung mit dem Interesse der Gemeinschaft gelten kann, so ist dies durchaus nicht zwingend. Der Gemeinsame Markt ist eine derart komplexe Gemeinschaft von Staaten mit weitgehend voneinander abweichenden Wertvorstellungen auf nahezu allen Bereichen der Wirtschaft. Im Interesse der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes gebietet die Rechtssicherheit die Unbeachtlichkeit der einzelnen Eigeninteressen. Das Interesse der Einzelstaaten hat hinter den institutionalisierten Interessen der Gemeinschaft als der übergeordneten Einheit zurückzustehen (1).

b. Das Interesse des Gemeinsamen Marktes

De Soto (2) unterscheidet das Interesse der Gemeinschaft von dem des Gemeinsamen Marktes. Während letzteres lediglich auf die Entwicklung eines maximalen Güteraustausches zwischen den Mitgliedstaaten gerichtet sei, berücksichtige das Interesse der Gemeinschaft auch die besondere Eigenart der Unternehmen. Diese Unterscheidung ist meines Erachtens nicht sachdienlich. Zwar sind die Begriffe "Gemeinsamer Markt" und "Europäische Wirtschaftsgemeinschaft" nicht identisch. So stellt die Errichtung des Gemeinsamen Marktes gemäß Art. 2 EWGV nur eine von mehreren Aufgaben der Gemeinschaft dar. Während der Gemeinsame Markt schrittweise verwirklicht wird, ist die Gemeinschaft bereits mit Inkrafttreten des Vertrags entstanden (3). Andererseits verwendet der Vertrag die Begriffe Gemeinsamer Markt und Gemeinschaft häufig synonym (4). Abgesehen davon, daß der Vertrag den Begriff "Interesse des Gemeinsamen Marktes" an keiner Stelle verwendet, besteht auch kein Bedürfnis für die Bildung eines solchen, denn das Interesse des Gemeinsamen Marktes müßte notwendig hinter dem der Gemeinschaft zurücktreten. Da der Schutz des Interesses der Gemeinschaft sich in Art. 90 II 2 aber auch gerade auf die Entwicklung des Handelsverkehrs bezieht, kann die Ansicht de Soto's zur Klärung der Problematik nicht beitragen.

- (1) de Soto a. a. O. S. 11, ihm folgend Deringer Rdn. 99 zu Art. 90, unterscheiden deshalb "gemeinsames Interesse" und "Interesse der Gemeinschaft". Ersteres behandle die Summe der Interessen der Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, letzteres beziehe sich auf die Gemeinschaft als Einheit. Vgl. auch van der Elst und Salmon a. a. O. S. 3.
- (2) a. a. O. S. 9 und S. 11, ihm folgend Deringer Rdn. 99 zu Art. 90.
- (3) Eine andere Frage ist allerdings, ob das Interesse der Gemeinschaft sich nicht notwendig mit dem Grade der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes ändert. So Delvaux und Faber a. a. O. S. 5.
- (4) Vgl. etwa Art. 3 Buchst. f.

c. Das Interesse der Unternehmen

Das Interesse der Gemeinschaft ist auch nicht gleichbedeutend mit den Interessen der Unternehmen, die in der marktwirtschaftlichen Ordnung auf Gewinnmaximierung und möglichst weitgehende Erhaltung des Kundenstamms gerichtet sind (1). Daß Art. 90 II die spezifischen Eigeninteressen der Unternehmen nicht schützt, war bereits der obigen Auslegung des Begriffs "allgemeines wirtschaftliches Interesse" zu entnehmen.

2. Positive Bestimmung

Ob eine Definition des Interesses der Gemeinschaft möglich und sinnvoll ist, erscheint meines Erachtens sehr fraglich. Die Gemeinschaft vereinigt in sich viele divergierende Interessen und ist in ihrer Aufgabenstellung viel zu komplex, als daß ihr ein Interesse als solches innewohnt (2). Dies verdeutlicht der von der Literatur für die Begriffsbestimmung des Interesses der Gemeinschaft allgemein herangezogene Art. 2 EWGV. Danach ist es Aufgabe der Gemeinschaft, 1.) durch Errichtung eines Gemeinsamen Marktes, 2.) die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, 3.) eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, 4.) eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, 5.) eine größere Stabilität, 6.) eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und 7.) engere Beziehung zwischen den Staaten zu fördern. Art. 2 enthält konjunkturpolitische (4. 5. 6.) und die wirtschaftliche Verflechtung der Volkswirtschaft anstrebende (1. 2. 3. 7.) Zielsetzungen (3). Diese Ziele lassen sich nicht mit gleicher Intensität verfolgen. Jede gesteigerte Verfolgung von einem der konjunkturpolitischen Ziele geht nach wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen auf Kosten der beiden anderen (4).

Die Konjunkturpolitik hat jeweils eine Kompromißlösung anzustreben und jede der

-
- (1) Rasquín a. a. O. S. 3 unter Hinweis auf Urt. EuGH Bd. VIII S. 522 ff.; Deringer Rdn. 99 zu Art. 90.
 - (2) EuGH 9, 318 (Rechtssache 34/62)
 - (3) Die Förderung engerer Beziehungen (7.) ist relativ unbestimmt. Es handelt sich deshalb um eine Zielsetzung mit überwiegend politischem Charakter. Sie beschränkt sich nicht lediglich auf den wirtschaftlichen Bereich. Wohlfarth 2e zu Art. 2
 - (4) Sog. "magisches Dreieck", vgl. hierzu Gutachten des wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft v. 3. 6. 56 und 8. 7. 56. a. a. O. S. 35

drei voneinander abhängigen Komponenten angemessen einzusetzen. Die einer wirtschaftlichen Verflechtung dienenden Ziele sind bezüglich ihrer Verwirklichung ungenau bestimmt. Sie lassen lediglich ein Streben nach Schaffung von Binnenmarktverhältnissen unter sinnvoller Arbeitsteilung erkennen (1). Die Rangfolge der aus den oben genannten Gründen einander teilweise widersprechenden Vertragsziele konnte in Art. 2 nicht im voraus bestimmt werden. Es ist jeweils die besondere Eigenart des Einzelfalls zu berücksichtigen. Hat der Vertrag nicht weitere Regelungen getroffen, so obliegt die Abwägung der Rangfolge den Organen der Gemeinschaft (2).

Wenn die Literatur die Mittel der Verwirklichung der Vertragsziele als vom Interesse der Gemeinschaft mitumfaßt ansieht, so erheben sich hiernach folgende Bedenken :

a. Die Schaffung einer allgemeinen Wettbewerbsordnung gehört nicht zu den eigenen Vertragszielen des Art. 2. Als eines der Mittel der Verwirklichung der Vertragsziele ist sie in Art. 3 gesondert geregelt.

b. Der Vertrag verwendet den Begriff "Interesse der Gemeinschaft" außer in Art. 90 II 2 an keiner anderen Stelle. Es erscheint deshalb wenig sinnvoll, das Interesse der Gemeinschaft aus seinem Zusammenhang zu lösen und für den gesamten Vertrag zu definieren. Es wäre notwendig, ihn so weit zu fassen, daß er zur Klärung der Probleme des Art. 90 praktisch nicht mehr geeignet wäre. Das Interesse der Gemeinschaft ist deshalb ein spezifischer Begriff für die Integration der Dienstleistungswirtschaft.

c. Art. 90 II behandelt Wirtschaftsbereiche, deren Besonderheit gerade darin besteht, daß sie sich in die am Wettbewerksgedanken orientierte marktwirtschaftliche Ordnung nicht einfügen lassen. Diese auf wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Gesetzmäßigkeit kann auch nicht durch die Statuierung der Wettbewerbsfreiheit beseitigt werden. Allein hieraus war der vom Vertrag unterstellte, mit der Wettbewerbswirtschaft nicht vereinbare Fortbestand der besonderen Aufgabe zu verstehen.

Die Nichtanwendung der Vertragsregeln beschränkte sich auf die hierfür unerläßlichen Tatbestände. Soweit die Anwendung der Vertragsregeln wirtschaftlich und ohne Schaden für die Allgemeinheit durchführbar ist, sind Vertragsverletzungen von Art. 90 II 1 ohnehin nicht legitimiert. Daß die Vertragsunterhändler zur Integration untaugliche Mittel angewandt wissen wollten, d.h. auch für die Erfüllung der besonderen Aufgabe unerläßliche Vertragsverletzungen der Anwendung der Vertragsregeln unterwerfen wollten, kann nicht unterstellt werden.

(1) Vgl. Schumacher VEnERG 7/8 S. 32; s. hierzu auch die Kommentare v. d. Groeben-v. Boeckh, sowie Wohlfarth-Everling jeweils zu Art. 2.

(2) Vgl. EuGH 4, 43, Rechtssache 9/56

d. Art. 2 enthält, wie zu zeigen war, konjunkturpolitische Ziele (Wirtschaftsausweitung, Geldwertstabilität, beschleunigte Hebung der Lebenshaltung) und Ziele der zwischenstaatlichen Verflechtung der Wirtschaft (Integration). Während Art. 2 die Rangfolge der einzelnen Ziele nicht regelt, enthält Art. 90 II hierfür Anhaltspunkte: Die Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern darf auch durch die Schaffung des Gemeinsamen Marktes nicht notleiden. Diesem "Branchengesichtspunkt" entspricht das konjunkturpolitische Ziel der beständigen Hebung der Lebenshaltung. Ihm kommt im Rahmen des Art. 90 II das Schwergewicht zu. Satz 2 nimmt eine Beschränkung der Hebung der Entwicklung des Handelsverkehrs bis zu einem gewissen, noch gemeinschaftsverträglichen Maße ausdrücklich in Kauf. Die Rangfolgeregelung zwischen konjunkturpolitischen Zielen und solchen der Integration hat somit in Art. 90 II 2 folgenden Inhalt: Es ist eine möglichst weitgehende zwischenstaatliche Verflechtung der Dienstleistungswirtschaft anzustreben. Keinesfalls darf sie jedoch zu Lasten einer beschleunigten Hebung der Lebenshaltung gehen.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß die fortschreitende Integration zur Verwirklichung der konjunkturpolitischen Ziele maßgeblich beiträgt. Die Modalitäten der Integration sollen dem Gesetz der komparativen Kosten folgen (1), d. h. es ist im zwischenstaatlichen Verkehr ein Gleichgewicht herzustellen. Danach haben die Unternehmen in jedem Mitgliedstaat zu der Produktion überzugehen, die sie verhältnismäßig am günstigsten herzustellen vermögen. Der zwischenstaatliche Austausch garantiert in der Regel den optimalen Einsatz der Produktionsmittel und somit die rascheste Steigerung der Lebenshaltung. Auf Gemeinschaftsebene kann nur dann auf den zwischenstaatlichen Austausch verzichtet werden, wenn die Produktionskosten allenthalben dieselben sind. Das Interesse der Gemeinschaft rechtfertigt somit nicht die Isolierung nationaler Binnenmärkte, sofern ein Güteraustausch technisch und wirtschaftlich möglich ist und volkswirtschaftlich positive Wirkungen hat. Etwas anderes gilt möglicherweise für die Dienstleistungswirtschaft. Hierbei wirken sich Produktionsvorteile nicht notwendig zu Wettbewerbsvorteilen aus, denn der Wettbewerb als solcher hat nicht die ihm üblicherweise zukommende marktregulierende Wirkung.

(1) Mesenburg BB 61, 142 ff.

III. Folgerungen

1. Die Bedeutung des Satz 2 für die Entwicklung des Austausches von Dienstleistungen

a. Anwendbarkeit der Vertragsregeln über Satz 1 hinaus ?

Die Auslegung des Art. 90 II 1 war zu dem Ergebnis gelangt, daß die Nichtanwendung der Vertrags- insbesondere der Wettbewerbsregeln auf die Tatbestände zu beschränken ist, in denen diese unerläßlich ist. Eine strengere Regelung ist schlechthin nicht möglich. Dieses Ergebnis bestätigte auch die Untersuchung des Interesses der Gemeinschaft : Satz 2 führt somit nicht zu einer Anwendung der Vertragsregeln in den Fällen, die gemäß Satz 1 bereits freigestellt waren. Satz 2 darf allerdings auch nicht als eine bloße Wiederholung des in Satz 1 ausgesprochenen Grundsatzes angesehen werden. In Betracht kommt eine gegenüber Satz 1 erweiterte Freistellung von der Anwendung der Vertragsregeln durch Satz 2.

b. Erweiterte Freistellung

Bei der Prüfung einer erweiterten Freistellung der Dienstleistungsunternehmen ist davon auszugehen, daß bei der Erhaltung der monopolistischen Marktform die Aussichten für eine Intensivierung des Handelsverkehrs aufgrund des freien Wettbewerbs nur sehr gering sind.

Der Zugang zu den Verbrauchern ist den ausländischen Konkurrenten aufgrund der geschützten Marktstellung versperrt. Zwar gebietet das Interesse der offenen Gemeinschaft nicht die monopolistische Versorgung durch heimische Unternehmen, die inländischen Unternehmen genießen jedoch durch die zeitliche Priorität der Aufnahme ihrer wirtschaftlichen Betätigung einen tatsächlichen Vorzug vor den ausländischen Unternehmen. Die Entscheidung, ob Dienstleistungen von ausländischen Unternehmen bezogen werden sollen, oder ob sie im Inlande erzeugt werden, liegt somit weitgehend bei den bestehenden Unternehmen. Sie ist in der Regel nicht vertragswidrig, wenn sie zugunsten der inländischen Erzeugung ausfällt (1).

Bei den Mitgliedstaaten, in denen Erzeugung und Verteilung von Dienstleistungen einem einzigen nationalisierten Unternehmen obliegt, ist die Erbringung von Dienstleistungen durch ausländische Unternehmen an Dritte gegen den Willen der Staatsmonopole überhaupt nicht möglich (2).

(1) Die Anwendung des Art. 7 wird in der Regel nicht in Betracht kommen.

(2) Eine Ausnahme bilden die allerdings nur selten vorkommenden Fälle des Art. 86; vgl. auch Deringer Rdn. 93 zu Art. 90.

Wenn auch die Entwicklung des Handelsverkehrs bei Nichtanwendung einzelner Vertragsregeln nicht im gleichen Maße zu verwirklichen ist wie bei den der Wettbewerbsfreiheit unterliegenden Wirtschaftsbereichen, so verzichtet Art. 90 II 2 dennoch für die Dienstleistungswirtschaft nicht vollständig auf die wirtschaftliche Verflechtung. Es ist deshalb nach Wegen zu suchen, die abweichend von den typischen Mitteln der Integration eine Intensivierung des Handelsverkehrs herbeiführen können :

In Betracht kommt die Integration durch eine gemeinsame Politik, wie sie in Art. 39 für die Landwirtschaft und Art. 74 für den Verkehr (1) vorgesehen ist. Auch hierbei handelt es sich um Wirtschaftsbereiche, bei denen die Nachteile der Wettbewerbsfreiheit kraft gesetzlicher Vermutung vorerst deren volkswirtschaftliche Vorteile überwiegen. Nach der Systematik des Vertrags kommt eine gemeinsame Politik der Mitgliedstaaten, wie diese Beispiele verdeutlichen, nur dort in Betracht, wo dies ausdrücklich bestimmt ist. Eine entsprechende Regelung trifft Art. 90 II jedoch nicht.

Da die Entwicklung des Handelsverkehrs ohnehin weitgehend im Ermessen der Dienstleistungsunternehmen liegt, wäre es denkbar, deren Verhalten über Satz 1 hinaus von der Anwendung der Vertragsregeln freizustellen. In Betracht kommen insbesondere die Fälle der den Tatbestand des Art. 85 erfüllenden Zusammenarbeit von Unternehmen. Es gibt in der Dienstleistungswirtschaft Kartelle, deren Zweck es ist, die Erfüllung der besonderen Pflichten zu erleichtern, ohne die Entwicklung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs zu beeinträchtigen. Dabei kann deren Verbot gemäß Art. 85 I nicht zu einer weiteren Intensivierung des Handelsverkehrs führen, sondern müßte zu einer weiteren Einschränkung des zwischenstaatlichen Austausches führen.

Da eine marktwirtschaftliche Ordnung der Dienstleistungswirtschaft nicht durchführbar ist und auch vom Vertrag nicht angestrebt wird, kann man sinnvollerweise den Unternehmen nicht die Möglichkeit nehmen, ihrer besonderen Eigenart entsprechende Wege der Integration einzuschlagen. Der Vertrag kann die selbst objektiv vertragswidrige Zusammenarbeit nicht verbieten, wenn er ein alternatives Mittel der Integration nicht vorsieht. Satz 2 verbietet lediglich die Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs, sofern sie dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. E contrario ergibt sich daraus folgendes :

Satz 2 billigt die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht beeinträchtigende Ver-

(1) Siehe hierzu VO des Rates Nr. 141 v. 26. 11. 62 (ABl 124 v. 28. 11. 1962 S. 1251) über die Nichtanwendung der VO Nr. 17 des Rates auf den Verkehr. Zur Frage des Wettbewerbs der Verkehrsträger unter besonderer Berücksichtigung des Schienenverkehrs : Fikentscher Rechtsgutachten I und II a. a. O.

tragsverletzungen, sofern die Anwendung der Vertragsregeln das gleiche Ziel nicht zu erreichen vermag. In diesen Fällen ist auf das Merkmal der Unerläßlichkeit der Vertragsverletzung zur Erfüllung der besonderen Aufgabe zu verzichten. Man könnte die vorstehende Auslegung des Satz 2 als eine kodifizierte "Rule of Reason" (1) bezeichnen. Dabei handelt es sich um einen Grundsatz des Common Law, der solche Kartelle von dem generellen Verbot ausnimmt, die nicht geeignet sind, den Wettbewerb in "unvernünftiger" Weise zu beeinflussen und somit dem Zweck der gesetzlichen Wettbewerbsordnung nicht zuwiderlaufen. Für die Entscheidung, ob eine Wettbewerbsbeschränkung "reasonable" ist, gibt es keinen festen Grundsatz. Die amerikanische Praxis geht pragmatisch vor. Sie ist jedem starren Dogmatismus abhold. Wirtschafts-, rechts- und sozialpolitische sowie rein politische Gründe können zu einer Legitimation der Wettbewerbsbeschränkung führen (2).

Die Entscheidung dieser Frage kann im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, denn die spezielle positive Regelung des Art. 90 II 2 ginge in jedem Falle dem Gewohnheitsrechtssatz vor. Im vorliegenden Falle könnte man alle die Tatbestände des Ausschlusses des Wettbewerbs unter Vereinbarung der Zusammenarbeit als vernünftig (reasonable) bezeichnen, die dem Interesse der offenen Gemeinschaft Rechnung tragen, indem sie die Erfüllung der besonderen Aufgabe fördern. Sie dürfen darüber hinaus die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht beeinträchtigen, sondern müssen sich als Mittel der Integration erwiesen haben.

Die hiermit zur Diskussion gestellte Interpretation ist sehr extensiv. Mit dem tatsächlichen Willen der Vertragsunterhändler dürfte sie kaum übereinstimmen. Darin liegt kein maßgebliches Argument gegen die These, denn bei der Auslegung eines internationalen Vertrags spielen die Absichten der Vertragsunterhändler keine entscheidende Rolle (3). Da die Lösung zudem auf einen Umkehrschluß basiert, könnte sie als problematisch empfunden werden. Verf. hält sie dennoch mit dem Vertragswortlaut und den Vertragszielen vereinbar. Hierfür sprechen folgende Erwägungen :

-
- (1) Hierzu Wolf WUW 63, 645; Borchardt-Fikentscher a. a. O. II Teil VII; Loevinger WUW 64, 588 ff.; Gleiss-Hirsch AWD 62, 121 (124); EWG Kartellrecht A34 zu Art. 85; Kleemann a. a. O. S. 36.
 - (2) Borchardt-Fikentscher a. a. O., s. auch Wolf a. a. O. S. 645; Die Frage, ob der Grundsatz der "Rule of Reason" auch für das europäische Recht gelten soll, ist umstritten. Dafür ist Wolf a. a. O., dagegen sind Gleiss-Hirsch a. a. O. und Kleemann a. a. O.
 - (3) Vedel bei Cartou a. a. O. S. 13. Dölle Rabels Z 1961/4, Bayer Rabels Z 20/631 a. A. Mosler Bruns Z 17, 424 siehe auch oben S. 6 ff.

aa. Die Auslegung entspricht den praktischen Bedürfnissen einer Wirtschaft, die im innerstaatlichen Bereich eine marktwirtschaftliche Ordnung nicht entwickelt hat und somit auch im zwischenstaatlichen Handel wenig Aussichten auf eine Verwirklichung hat.

bb. Die extensive Auslegung ermöglicht die Intensivierung des Handelsverkehrs. Die Formulierung des Art. 90 II ist ganz aus dem liberalisistischen Denken heraus zu verstehen. Sie berücksichtigt nicht hinreichend die Tatsache, daß es sich um Wirtschaftsbereiche der Lenkungswirtschaft handelt, bei denen die Rentabilität (Gewinnmaximierung) hinter der Funktionsfähigkeit zurückstehen muß (1). Dies erforderte bereits eine berichtigende Auslegung des Begriffs "verhindern". Aus diesem Grunde erscheint es legitim, nach pragmatischen Lösungen zu suchen, da diese mehr Aussicht auf Verwirklichung haben als eine auf rein theoretischen Erwägungen beruhende, die besondere Interessenlage des Wirtschaftsbe- eichs vernachlässigende Vertragsanwendung.

cc. Die oben entwickelte Auslegung macht den Verzicht auf eine gemeinsame Politik für einzelne Bereiche der Dienstleistungswirtschaft verständlich: Wie der systematische Zusammenhang mit den öffentlichen Unternehmen in Art. 90 I beweist, haben die Vertragsunterhandler dem hoheitlichen Einfluß auf die Dienstleistungswirtschaft wesentliche Bedeutung beigemessen. Die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Dienstleistungswirtschaft kann auf Unternehmensebene stattfinden. Dadurch tritt das politische Kalkül hinter technisch-wirtschaftlichen Überlegungen der optimalen Versorgung der Allgemeinheit zurück. Da sich die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen auf Unternehmensebene bewahrt hat, ist es denkbar, daß sich die Mitgliedstaaten für diese Art der Integration entschieden haben, da sie sich zur Integration unter Wahrung der Interessen der Allgemeinheit besonders eignen. Mit dem Verzicht auf eine präzise Formulierung des Art. 90 II 2 ist die Möglichkeit für eine elastische Anwendung der Vorschrift eröffnet, die den Besonderheiten der Dienstleistungswirtschaft Rechnung trägt. Ähnlich interpretieren van der Elst und Salmon (2) die Vorschrift des Art. 90 II

"Il ne faut pas s'étonner que les auteurs du traité pour concilier des points de vue divergents des Etats aient dû recourir à des concepts flous et des formules qui laissent la porte ouverte aux discussions interprétatives". . . "Il est d'ores et déjà admis qu'à côté des buts explicites mentionnés au traité de la communauté, il en a d'autres que la commune volonté des Etats membres ou la pratique paisible et indiscutée des organes mettront à jour. Cela est normal: un traité de genre C.E.E. ne peut prévoir tout à l'avance".

(1) de Soto a. a. O. S. 1.

(2) a. a. O. S. 5 f.

dd. Man könnte gegen die vorgeschlagene Lösung folgendes einwenden : Durch die Kooperation auf Unternehmensebene könnten einzelne Unternehmen von der Beteiligung am zwischenstaatlichen Handelsverkehr ausgeschlossen werden, was dennoch zu einer Beeinträchtigung führen könnte. Hiergegen ist zu bemerken : Die Zusammenarbeit führt zu einer oligopolistischen Marktverfassung. Die Anwendung des Art. 86 bietet gegen derartige Beschränkungen des Handelsverkehrs ein hinreichendes Kautel (1).

ee. Die Auslegung könnte schließlich dem Einwand begegnen, sie verkehre die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vertragsregeln in Art. 90 II in ihr Gegenteil. Wie die folgenden Darlegungen zeigen werden, ist dies nicht der Fall (2).

2. Art. 90 II als Grundlage des allgemeinen innergemeinschaftlichen Handels

Die bisherige Untersuchung betrachtet Art. 90 II ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Intensivierung des zwischenstaatlichen Austausches von Dienstleistungen. Die Auswirkungen der Nichtanwendung der Vertragsregeln einzelner Wirtschaftsbe-
reiche sind unter Umständen jedoch nicht auf den Dienstleistungsverkehr selbst be-
schränkt. Vielmehr sind Fälle denkbar, in denen die Sonderregelung des Art. 90 II den Austausch anderer Produkte in einer mit den Vertragszielen unvereinbaren Weise beeinflusst. Ob derartige Fälle von der Regelung des Art. 90 II 2 mitumfaßt sind, hängt von der Auslegung des Begriffs "Handelsverkehr" in Satz 2 ab. Handelsverkehr und Austausch von Dienstleistungen müssen sich durchaus nicht decken (3).

Durch die partielle Freistellung von der Anwendung der Vertragsregeln auf die Dienstleistungswirtschaft wird die Entwicklung des Austausches von Dienstleistungen in einzelnen Fällen gehemmt. Darüber hinaus entsteht aber durch die Freistellung die Gefahr einer mit den Vertragszielen nicht vereinbaren Beeinträchtigung des Handelsverkehrs mit anderen Produkten. Der Schutz vor mittelbaren Auswirkungen der Nichtanwendung der Vertrags- insbesondere der Wettbewerbsregeln ist dem EWGV durchaus nicht fremd : Der Verkehr (4) ist wegen seiner Monopol-

(1) S. hierzu unten : D.

(2) S. auch die vorhergehende Fußnote.

(3) Die Autoren, die eine extensive Auslegung des Begriffs Dienstleistungen ablehnen (Scheuten ET 62, 128, Malzer WUW 63, 205, siehe oben A II), müßten Satz 2 konsequenterweise ausschließlich als eine Regelung für den Verkehr mit Waren, die nicht Dienstleistungen sind, betrachten.

(4) Art. 74 ff. Vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 34 ff.

tendenz, der Gemeinwichtigkeit der Leistungen und des durch staatlichen Eingriff beschränkten Wettbewerbs durch weitgehende Parallelen in der Interessenlage mit der Dienstleistungswirtschaft gekennzeichnet. Für die vorliegende Problematik interessiert vor allem die Zielsetzung der Vertragsregeln über den Verkehr : Sie dienen als Grundlage einer europäischen Ordnung des Verkehrs selbst und einer Wettbewerbsordnung für den allgemeinen innerstaatlichen Handel (1).

Unter dem Gesichtspunkt der Beeinflussung der wirtschaftlichen Entwicklung anderer Wirtschaftsbereiche ist vor allem Art. 80 zu verstehen. Danach ist verboten, nach Ablauf der 1. Stufe Beförderungsbedingungen anzuwenden, die in irgendeiner Weise der Unterstützung oder dem Schutz einer oder mehrerer Unternehmen oder Industrien dienen. Diese Regelung entspringt der Erkenntnis, daß die Leistungen der Verkehrswirtschaft als Kostenfaktoren anderer Produkte den zwischenstaatlichen Handel, insbesondere den Wettbewerb beeinflussen können. Derartige Gefahren gehen insbesondere von der nationalisierten Dienstleistungswirtschaft einzelner Mitgliedstaaten aus (2) : Die Bedeutung der Dienstleistungen erschöpft sich nicht in der Deckung des lebenswichtigen Bedarfs des Einzelnen und der Haushalte. Sie hat - wie dargestellt wurde - darüber hinaus die Aufgabe, die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft zu erhalten. Die Mitgliedstaaten haben somit die Möglichkeit, auf dem Wege einer besonders preisgünstigen Versorgung mit Dienstleistungen heimische Unternehmen zu subventionieren, für deren Produktion die Dienstleistungen einen wesentlichen Kostenfaktor darstellen. Es steigt hierdurch die Wettbewerbsfähigkeit der mittelbar subventionierten Unternehmen auf dem europäischen Markt mit anderen Gütern. Der Vertrag kann derartigen Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht indifferent gegenüberstehen. Der Begriff "Handelsverkehr" beschränkt sich somit nicht auf den Austausch von Dienstleistungen selbst. Satz 2 ist auch auf mittelbare Beeinträchtigungen des Güteraustausches anzuwenden. Seine Funktion läßt sich wie folgt umschreiben : Die Vorschrift soll, über die Regelung des zwischenstaatlichen Austausches von Dienstleistungen hinaus, verhindern, daß die Freistellung von der Anwendung der Vertragsregeln nicht als Mittel der willkürlichen Diskriminierung oder als verschleierte Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels verwendet wird (3).

Die Vorschrift entspricht somit funktionell der Regelung des Art. 80. Diese zweite Funktion des Art. 90 II 2 kann in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im Gemeinsamen Markt nicht hoch genug eingeschätzt werden (4).

(1) Cartou, Der Gemeinsame Markt und das öffentliche Recht S. 194 ff.

(2) Der Staat deckt die eventuellen Verluste der nationalisierten Unternehmen.

(3) Die Formulierung ist Art. 36 EWGV entnommen; vgl. auch Art. 12 EFTAV.

(4) Auf dieses Problem ist im 2. Hauptteil näher einzugehen. Die Literatur hat hierzu noch nicht Stellung genommen.

IV. Systematische Bedeutung des Satz 2 im Verhältnis zu Art. 90 II 1

Die Ergebnisse der Bestimmung des materiellen Gehalts des Satz 2 lassen sich wie folgt zusammenfassen :

1. Die Ausnahmeregelung wird auf Kartelle ausgedehnt, die zwar objektiv durch die Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht unerläßliche Vertragsverletzungen (Art. 85 I) enthalten, aber das Ziel haben, die Erfüllung der besonderen Aufgabe zu erleichtern und dabei die Entwicklung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs durch Zusammenarbeit mehr fordern als dies die Anwendung des Art. 85 I erlaubte.

2. Die Freistellung der Dienstleistungswirtschaft von der Anwendung der Vertragsregeln darf entsprechend der Vorschrift des Art. 80 nicht als Mittel der willkürlichen Diskriminierung oder als verschleierte Beschränkung des Handelsverkehrs mit anderen Gütern dienen.

Das Verhältnis des Satz 2 zu Satz 1 stellt , soweit er die Intensivierung des Austausches von Dienstleistungen anstrebt, 1.) eine Ausnahme dar, indem er die Nichtanwendung der Vertragsregeln ausdehnt. Soweit Art. 90 II als Regelung des allgemeinen innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs verhindern soll, daß die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Dienstleistungswirtschaft zur Verfälschung des Handelsverkehrs mit anderen Gütern mißbraucht wird, kommt Satz 2 gegenüber Satz 1 keine eigenständige Bedeutung zu. Satz 2 geht über die Regelung des Satz 1 nicht hinaus, denn er beschränkt die Ausnahme bereits auf die Fälle, in denen die Nichtanwendung der Vertragsregeln unerläßlich ist. Die mittelbare Subventionierung der Industrie durch sog. Unterstützungstarife gehört nicht zu der schutzwürdigen besonderen Aufgabe der Dienstleistungsunternehmen. Satz 2 hat in seiner zweiten Bedeutung nur klarstellende Funktion. Er gewinnt jedoch durch den Auftrag der Kommission, auf die Anwendung des Vertrags zu achten (Art. 90 III), besondere Bedeutung.

D. Generelle Anwendbarkeit bestimmter Vertragsregeln

Gemäß Art. 90 II ist die Anwendbarkeit der Vertragsregeln der Grundsatz, die Freistellung die Ausnahme. Ob dies der Realität entspricht, ist im Rahmen einer

Interpretation nicht zu entscheiden. Die wesentliche Aufgabe der Statuierung der generellen Anwendbarkeit der Vertragsregeln ist die auch im Begriff "verhindern" zum Ausdruck gebrachte Beschränkung der Nichtanwendbarkeit auf die für die Erfüllung der besonderen Aufgabe unerläßlichen Tatbestände. Hierzu gehören vor allem die zur Aufrechterhaltung der Marktstellung, und somit der besonderen Pflichten, erforderlichen Vertragsverletzungen. Generelle Aussagen über die Freistellung einzelner Vertragsregeln lassen sich nicht machen. Es kommt auf den Inhalt der einzelnen Vertragsverletzungen in bezug auf die Besonderheit der einzelnen Bereiche der Dienstleistungswirtschaft an. Im übrigen sind die Vorschriften für eine Beurteilung der Nichtanwendbarkeit zu allgemein gefaßt. So vereint etwa Art. 85 I ungezählte Möglichkeiten von Wettbewerbsbeschränkungen in sich, die Art. 90 II weder allgemein erlauben, noch verbieten kann. Viel eher lassen sich Aussagen über die grundsätzliche Anwendung einzelner Vertragsregeln auf die Dienstleistungswirtschaft machen.

1. Monopolmißbrauch (Art. 86)

Grassetti (1) und Deringer (2) sind, allerdings ohne nähere Begründung der Ansicht, Art. 90 II könne im Einzelfalle auch monopolmißbräuchliches Verhalten im Sinne des Art. 86 sanktionieren. Hiergegen bestehen aufgrund der bisherigen Ergebnisse Bedenken (3).

Das Wesen des Marktmißbrauchs besteht in einer Übersteigerung des Markteinflusses durch Streben nach ungerechtfertigten Marktvorteilen zum Schaden der Verbraucher. Ein Verhalten ist nur dann institutionswidrig und mißbräuchlich, wenn es dem Wesen der Marktstellung zuwiderläuft (4). Ist eine bevorzugte Rechtsstellung vom Vertrag eingeräumt, so kann ihr Gebrauch nicht gleichzeitig einen Mißbrauch darstellen. Der Mißbrauchstatbestand des Art. 86 erfährt allerdings durch die Vorschrift des Art. 90 II für die Dienstleistungswirtschaft eine gewisse Einengung. So sind der Erhaltung der Marktstellung dienende Maßnahmen zur Erfüllung der besonderen Aufgabe erforderlich und deshalb nicht mißbräuchlich.

(1) a. a. O. S. 5.

(2) Rdn. 93 zu Art. 90, allerdings mit der Bemerkung, derartige Fälle seien "kaum denkbar".

(3) Auf die Darlegung der Kriterien sowie des materiellen Gehaltes des Art. 86 muß im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Es ist auf die einschlägige Literatur, insbesondere die Kommentare zum EWGV sowie Spengler WUV 61 509 ff, Axster, Die Aktiengesellschaft 60, 5; Langen, Marktbeherrschung hinzuweisen.

(4) Vgl. hierzu Bartholomeyczik Gemeinschaftskomm. § 22 A 83.

Der zwischenstaatliche Austausch von Dienstleistungen dient in der Regel nicht der Erfüllung der besonderen Aufgabe. Besteht er jedoch, so rechtfertigt die besondere Eigenart der Dienstleistungswirtschaft keinesfalls ein mißbräuchliches Verhalten. Besonders in den gemäß Art. 90 II 2 von dem Verbot des Art. 85 I freigestellten Tatbeständen der internationalen Zusammenarbeit erweist sich die Anwendung des Art. 86 als ein geeignetes Mittel zur Beseitigung unangemessener Wettbewerbsbeschränkungen. Hierzu gehört vor allem der Ausschluß von der Mitwirkung an der Zusammenarbeit aus unsachlichen Gründen (1).

2. Dumping (Art. 91)

Das Interesse der offenen Gemeinschaft ist auf deren optimale Versorgung mit Dienstleistungen gerichtet. Diese besondere Interessenlage des Art. 90 II erfordert deshalb hauptsächlich die Aufrechterhaltung der besonderen Marktstellung der Unternehmen. In keinerlei Zusammenhang hiermit stehen Dumpingpraktiken. Die Anwendbarkeit des Art. 91 wird somit von Art. 90 II nicht berührt.

3. Niederlassungsfreiheit (2) (Art. 52)

Wie darzulegen war, ist das Interesse der Allgemeinheit auf die optimale nicht marktmißbräuchliche Versorgung durch ein bestimmtes Unternehmen gerichtet. Ein Vorbehalt zugunsten nationaler Autarkiebestrebungen enthält Art. 90 II nicht. Ob die Dienstleistungen durch ein heimisches oder ein ausländisches Unternehmen erbracht werden, ist vom Standpunkt der Wahrung des Interesses der offenen Gemeinschaft aus gleichgültig. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zum Zwecke der Produktion wie auch der Versorgung mit Dienstleistungen sind deshalb von Art. 90 II nicht generell sanktioniert, wenn auch durch die Aufrechterhaltung der monopolistischen Versorgung und durch die zeitliche Priorität der Aufnahme der Versorgungstätigkeit mittelbar die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt wird. Darin liegt jedoch kein diskriminierendes Verhalten, wenn auch heimische Unternehmen daran gehindert sind, die privilegierte Stellung der bereits bestehenden Unternehmen durch Konkurrenz zu erschüttern (3).

4. Abschaffung von Zöllen (Art. 12 ff.)

Die Erfüllung der besonderen Aufgabe der Dienstleistungswirtschaft wird in keiner

(1) Vgl. hierzu Deringer Rdn. 50 ff. zu Art. 86.

(2) Vgl. hierzu Meyer-Marsilius, Das Niederlassungsrecht der EWG insbesondere S. 18.

(3) a. A. van der Elst und Salmon a. a. O. S. 8, die unter Hinweis auf den Begriff "Handelsverkehr" in Art. 90 II 2 die Möglichkeit der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, selbst wenn sie dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufen, für gerechtfertigt halten.

Weise durch die Abschaffung der Ein- und Ausfuhrzölle beeinträchtigt. Vielmehr würde dies zu einer Verbilligung der Dienstleistungswirtschaft für die Allgemeinheit und einer Intensivierung des zwischenstaatlichen Austausches von Dienstleistungen führen. Die Art. 12-17 sind somit in vollem Maße auf die Dienstleistungswirtschaft anwendbar.

5. Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen (Art. 30 ff.)

Es ist nicht auszuschließen, daß Dienstleistungen in einigen Ländern derartig knapp sind, daß bei Exporten eine ordentliche Versorgung im Inland nicht mehr gewährleistet wäre. Die generelle Anwendbarkeit des Art. 34 im Rahmen der Dienstleistungswirtschaft ist deshalb fraglich. Die Frage der "Unerläßlichkeit" der Kontingentierung ist jeweils nur an Hand konkreter Tatbestände zu entscheiden.

Anders zu beurteilen sind möglicherweise Einfuhrbeschränkungen. Sie sind zur Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht erforderlich, denn sie berühren weder die Marktstellung, noch führen sie zu einer Verschlechterung der Versorgungsbedingungen für die Allgemeinheit, da in der Regel nur preisgünstige Dienstleistungen eingeführt werden. Die Einfuhrbeschränkungen der Dienstleistungswirtschaft sind somit abzubauen, neue Beschränkungen dürfen nicht eingeführt werden (Art. 30 ff.).

E. Systematische Bedeutung des Art. 90 II

I. Art. 90 II als Legalausnahme

Beim Versuch, die systematische Bedeutung des Art. 90 II näher zu bestimmen, ist zunächst von dem materiellen Gehalt der Vorschrift auszugehen:

1. Art. 90 II bestimmt die Anwendbarkeit der Vertragsregeln und schränkt diesen Grundsatz ein, in dem er
2. die Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung der Vertragsregeln freistellt.

In dieser zweiten Funktion liegt, wie die Auslegung der Vorschrift ergeben hat, das hauptsächliche Gewicht. Indem vertragswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen sowie der Mitgliedstaaten sanktioniert werden, ist Art. 90 II ein gesetzlicher Aus-

nahmetatbestand (Legalausnahme) (1). Soweit Art. 90 II die Anwendbarkeit der Vertragsregeln bestimmt 1.), hat er vor allem die Aufgabe, die Legalausnahme zu konkretisieren und vertragswidrige Verhaltensweisen auf ein Mindestmaß zu beschränken.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß Art. 90 II trotz seiner Eingliederung in die "Vorschriften über Unternehmen" und die "Wettbewerbsregeln" keine reine Wettbewerbsregel ist, sondern ausdrücklich die Anwendbarkeit sämtlicher Vertragsvorschriften regelt. Es handelt sich - wie die Untersuchung der einzelnen Institute ergab - sogar um eine Vorschrift, deren hauptsächliches Anliegen es ist, das vertragsmäßige Verhalten der Mitgliedstaaten sicherzustellen. Nur so läßt sich etwa die Vorschrift des Art. 90 III verstehen, die Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten vorsieht (2).

Da Art. 90 II die Nichtanwendung der den direkten Wettbewerb (3) ermöglichenden Vertragsregeln bestimmt, ist die systematische Stellung im Rahmen der Wettbewerbsregeln nicht sehr glücklich (4).

II. Das Verhältnis des Art. 90 II zu Art. 85 III

Deringer (5) ist der Ansicht, auch die Dienstleistungsunternehmen hätten, ehe sie sich auf die Gültigkeit einer Kartellabsprache berufen könnten, zu prüfen, ob die Absprache oder Verhaltensweise nicht bereits unter Art. 85 III falle. In diesem Falle bedürfe es der Nichtanwendbarkeitserklärung nach Art. 4 - 6 der VO Nr. 17. Das Dienstleistungsunternehmen habe zu beweisen (6), daß die von ihm getroffenen Kartellabsprachen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht nach

(1) Von Gamm a. a. O. S. 45; Schumacher, VEnergR 7/8 S. 48; Deringer Rdn. 89 zu Art. 90; Ipsen NJW 64, 2338.

(2) Siehe hierzu unter F III.

(3) Darunter war mit Borchardt-Fikentscher a. a. O. S. 15 das selbständige Streben sich objektiv gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter und Nachfrager (Konkurrenten) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsverbindungen zu verstehen.

(4) Ipsen NJW 64, 2337. Siehe auch Ziff. 2 der Einleitung.

(5) Rdn. 92 zu Art. 90; a. A. von Gamm a. a. O. S. 45.

(6) Fischerhof BB 62, 785, ihm folgend Malzer WUW 63, 215 halten diesen Nachweis - zumindest für die Versorgungswirtschaft - für unmöglich.

Art. 85 III erlaubt werden könnten. Treffe dies zu, so sei eine Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht zu besorgen. Hiergegen bestehen Bedenken : Unterstellt man die Richtigkeit der Ansicht Deringers, so wären unter Umständen weitergehende Beschränkungen des zwischenstaatlichen Wettbewerbs gemäß Art. 90 II per se zulässig, während den freien Wettbewerb weniger beeinträchtigende Verhaltensweisen der Unternehmen einer Legalisierung durch die Kommission bedürften. Deringer (1) nennt dieses Ergebnis selbst "merkwürdig", ohne jedoch daraus Konsequenzen zu ziehen.

Die von Deringer vorgeschlagene Lösung entspricht weder dem Wortlaut des Art. 90 II noch berücksichtigt sie die systematische Bedeutung der Vorschrift als Legal Ausnahme (2). Bei der Anwendung des Art. 85 III handelt es sich nicht eigentlich um die Anwendung einer Vertragsregel, sondern dem Inhalt nach ist Art. 85 III eine Vorschrift, die gerade die Nichtanwendbarkeit einer Vertragsregel bestimmt. Es kommt somit darauf an, ob die Anwendung des Art. 85 I zu einer Verhinderung führt, d. h., daß die Nichtanwendung dieser Vorschrift für die Erfüllung der besonderen Aufgabe unerläßlich ist. Ist eine Verhaltensweise bereits kraft Gesetzes, bzw. völkerrechtlichen Vertrags, zulässig, so bedarf es keiner Zulassung durch die Gemeinschaftsorgane gemäß Art. 85 III. Art. 90 II geht somit dem Art. 85 III als spezielle Regelung vor. Die Mitgliedstaaten sind nicht auf die Anwendung der Kann-Vorschrift angewiesen. Entsprechend verfährt auch die Kommission (3). Sie prüft die Zulässigkeit von Kartellen in drei Stufen mit folgender Reihenfolge :

1. Liegt ein Vertrag oder eine Verhaltensweise vor, die als Kartell im Sinne des Art. 85 I den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt ?
2. Handelt es sich um ein gemäß Art. 90 II zulässiges Kartell ?
3. Nur soweit Frage 2 zu verneinen ist : Kann die Kommission eine den Tatbestand des Art. 85 I erfüllende Verhaltensweise ausnahmsweise nach Art. 85 III vom Verbot freistellen ? (4) (5).

(1) Rdn. 92, F 78.

(2) Siehe unten F IV.

(3) Schumacher VEngr 7/8 S. 48 f. ; Ipsen NJW 64, 2338.

(4) Siehe hierzu Art. 4 ff. der VO Nr. 17.

(5) Entsprechende Erwägungen sind bei der Freistellung vom Verbot staatlicher Beihilfen gemäß Art. 92 III anzustellen.

F. Die Regelung des Art. 90 III

I. Problematik

Abschließend sind einige Verfahrensfragen zu klären, soweit sie für die Anwendung des Art. 90 II von Bedeutung sind. In diesem Zusammenhang interessiert vor allem Art. 90 III :

"Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an an die Mitgliedstaaten".

Bei der Auslegung dieser Vorschrift stellen sich folgende Fragen :

1. Handelt es sich um einen politischen oder technischen Auftrag an die Kommission ?
2. Obliegt die Anwendung des Art. 90 II ausschließlich der Kommission ?
3. Welche praktische Bedeutung hat die verfahrensrechtliche Sonderregelung des Art. 90 III ?
4. Hat die Kommission über die Kompetenzen gemäß Art. 90 III weitere Befugnisse zur Regelung der Dienstleistungswirtschaft ?
5. In welchem Verhältnis steht Art. 90 III zu den Kompetenzen des Rates ?

II. Politischer oder technischer Auftrag ?

Wenn die Kommission auf die Anwendung des Art. 90 II "achtet", so kann hierin nach der Terminologie des Vertrags die Übertragung eines bindenden Auftrags an die Kommission liegen (1).

Entsprechende Formulierungen für die Auferlegung von Rechtspflichten enthalten etwa die Vorschriften der

Art. 5 : "Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag ergeben",

Art. 6 I : "Die Mitgliedstaaten koordinieren . . . ihre Wirtschaftspolitik",

Art. 6 II : "Die Organe der Gemeinschaft achten darauf, die . . . finanzielle Stabilität der Mitgliedstaaten nicht zu gefährden",

Art. 16 : "Die Mitgliedstaaten heben untereinander die Ausfuhrzölle . . . auf",

Art. 31 : "Die Mitgliedstaaten werden untereinander weder mengenmäßige Beschrän-

(1) Deringer Rdn. 102 zu Art. 90; Thiesing A 8 zu Art. 90.

kungen noch Maßnahmen gleicher Wirkung einführen. Diese Verpflichtung gilt".

Diese beliebig zu vermehrenden Beispiele zeigen, daß der Vertrag auch bei Normen zwingenden Rechts auf Wendungen wie "verpflichtet sein", "etwas zu tun oder zu unterlassen haben" verzichtet. Immerhin ist der Sprachgebrauch nicht einheitlich, denn in einzelnen Vorschriften, wie etwa den bereits zitierten Art. 5 und 31 wird besonders darauf hingewiesen, daß es sich um "Verpflichtungen" handelt. Immerhin kommt auch die Formulierung "sich verpflichten" (1) vor. Andererseits wird die Wendung "können" (2) nicht ausschließen, in einer Vorschrift nicht ebenfalls die Auferlegung einer bindenden Verpflichtung etwa in Form der Ermessensrichtlinie zu betrachten. Sie wird etwa die Möglichkeit der Freistellung vom Verbot des Art. 85 I gemäß Art. 85 III keine rein politische oder gar willkürliche Entscheidung sein, sondern einen Anspruch der Unternehmen auf Freistellung begründen, dem auf der Seite der Kommission eine Verpflichtung hierzu entspricht. Die Frage, ob eine Rechtspflicht eines Vertragsorgans oder eines Mitgliedstaates statuiert wird, ergibt sich somit durchaus nicht allein aus dem Wortlaut des Art. 90 III. Hierfür ist Art. 155 heranzuziehen: "Um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten, erfüllt die Kommission folgende Aufgaben: 1. 2. 3. Nach Maßgabe dieses Vertrages in eigener Zuständigkeit Entscheidungen zu treffen" (3).

Aus dieser Vorschrift ergibt sich meines Erachtens, daß die Kommission nicht frei entscheiden kann, ob sie die ihr gemäß Art. 90 obliegende Aufgabe erfüllen will, vielmehr kommt sie hiermit einer Rechtspflicht nach.

Die Literatur wie auch die Kommission haben sich in der Beurteilung der Rechtsnatur und des Inhalts der Befugnisse im Rahmen des Art. 90 III große Zurückhaltung auferlegt. Deringer (4) befaßt sich erstmals eingehend mit den Problemen des Art. 90 III. Seine Darlegungen sind jedoch nicht ohne innere Widersprüche (5). So ist

(1) Vgl. z. B. Art. 106.

(2) Vgl. z. B. Art. 15, I, 26, 85 III, 94, 159 II.

(3) Art. 155 Z3.

(4) Rdn. 102 ff. zu Art. 90.

(5) So vertritt Deringer bei der Kommentierung des Art. 87 (Rdn. 30) die Ansicht, die unterschiedliche Wettbewerbslage etwa zwischen nationalisierter französischer und privatwirtschaftlicher deutscher Versorgungswirtschaft seien kaum durch die in Art. 90 III vorgesehenen Richtlinien zu neutralisieren. Es scheine daher geboten, daß der Rat bei Lösung der energiewirtschaftlichen Probleme, die ihm in Art. 87 IIc zustehenden Rechte nicht außer Acht lasse. Bei der Auslegung des Art. 90 (Rdn. 104) heißt es in Übereinstimmung mit Everling

Deringer der Ansicht, im Rahmen der Befugnisse des Art. 90 III (1) könne die Kommission die "schillernden" Begriffe des Art. 90 II, wie etwa das "Interesse der Gemeinschaft", konkretisieren, was letztlich auf eine politische Entscheidung der Kommission hinauslaufe (2). Die Lösung der Frage, ob die Kompetenz-einräumung gemäß Art. 90 III zu politischen Entscheidungen ermächtigt, hat auf den bisher gefundenen Ergebnissen aufzubauen. Die Auslegung des Art. 90 II hat gezeigt, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift durchaus nicht so schillernd sind, als daß sie sich nicht mit hinreichender Sicherheit im Wege der Auslegung bestimmen ließen. Sieht man von der Notwendigkeit der Harmonisierung der Rechtsvorschriften ab, so bedarf es keiner politischen Entscheidung bei der Anwendung des Art. 90 II.

III. Ausschließliche Zuständigkeit der Kommission ?

Diese Frage ist mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Art. 90 zu verneinen. Dem Auftrag, auf die Anwendung einer Vorschrift zu achten, steht die Anwendung durch Dritte nicht entgegen. Soweit die Vertragsregeln auf die Dienstleistungswirtschaft anwendbar sind, sind auch die übrigen Vertragsorgane, Rat und Gerichtshof, daran gebunden.

(A 7 zu Art. 90), der Rat könne gemäß Art. 87 Verordnungen erlassen, die Fragen der Unternehmen des Art. 90 regelten. Die Auslegung des Art. 90 II obliege aber - vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof - allein der Kommission. "Keinesfalls könnte der Rat über Art. 87 II c eine Sonderregelung schaffen, in der er den Anwendungsbereich des Art. 86 der Unternehmen näher regelt, denn dies würde auf eine Änderung des Art. 90 hinauslaufen". Wie sehr die Kommission hierbei überfordert zu werden droht, sieht auch Deringer, wenn er einräumt, die Abgrenzung werde "kritisch", wenn es sich um Wirtschaftsbereiche handle, bei denen die Sonderstellung im Wettbewerb auf dem öffentlichen Charakter ihrer Tätigkeit beruhe, wie etwa bei der Versorgungswirtschaft.

(1) Rdn. 100, 103.

(2) Kritisch : de Soto a. a. O. S. 15, einschränkend auch : de Snoy a. a. O. S. 7; Hartmann a. a. O. S. 10 fordert zwar ebenfalls eine Konkretisierung des Art. 90 II auf dem Verordnungswege, will diese jedoch vom Rat im Rahmen des Art. 87 durchgeführt wissen; unklar : Ipsen NJW 64, 2338.

Selbst die Mitgliedstaaten sowie die Unternehmen wenden Art. 90 II an, indem sie sich vertragsgemäß verhalten, d. h. alle Maßnahmen unterlassen, die von der Legalausnahme nicht gedeckt sind. Die Verpflichtung der Kommission, auf die Anwendung zu achten, ermächtigt vor allem zu Maßnahmen, die auf die Gewährleistung der Anwendung durch Dritte gerichtet sind.

IV. Die Bedeutung des Art. 90 III als Verfahrensvorschrift

Die Befugnis der Kommission im Rahmen des Art. 90 III beschränkt sich nicht auf Maßnahmen, die der Kommission bereits nach den allgemeinen Vertragsregeln zustehen (1). Die Bedeutung des Art. 90 III liegt deshalb vor allem in der Festlegung eines besonderen Verfahrens. Soweit die Kommission gegen vertragswidrige Tatbestände durch Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten einschreiten kann, geht die Befugnis über deren allgemeine Kompetenzen hinaus. Bestünde Art. 90 nicht, so könnte die Kommission die Mitgliedstaaten auf die Nichterfüllung ihrer Vertragspflichten in Form einer mit Gründen versehenen Stellungnahme hinweisen und müßte ihnen Gelegenheit zur Äußerung geben (2). Das Verfahren des Art. 90 III ist demgegenüber vereinfacht, denn zum Erlaß von Richtlinien oder Entscheidungen bedarf es keines Vorverfahrens. Diese werden vielmehr gemäß Art. 191 II mit der Bekanntgabe wirksam (3). Was sich die Vertragsunterhändler allerdings davon versprochen, Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten selbst zu richten, ist bisher ungeklärt geblieben. Obenolte ist der Ansicht (4), die Kommission könne von ihrer Kompetenz kaum Gebrauch machen, denn die Mitgliedstaaten ihrerseits hätten auf die Anwendung des Art. 90 II keinen Einfluß. Dies kann nicht unwidersprochen bleiben: Die Auslegung des Art. 90 II ergab, daß die Mitgliedstaaten auf die Dienstleistungswirtschaft einen Einfluß ausüben ("betraut", "übertragene Aufgabe"), der weit über das für die sonstigen Wirtschaftsbereiche in einer marktwirtschaftlichen Ordnung erforderliche Maß hinaus-

(1) Siehe insbes. Art. 155.

(2) Art. 169.

(3) Im Ergebnis übereinstimmend: Obenolte EuroWi 60, 233, Deringer Rdn. 103 zu Art. 90, Ipsen NJW 64, 2338.

(4) a. a. O. S. 242, Fußnote 13; a. A. Thiesing in Groeben-Boeckh A8, Everling A7 zu Art. 90, letztere jedoch ohne Begründung.

geht. Die besondere Wichtigkeit für die offene Gemeinschaft, sowie die Unmöglichkeit der Verwirklichung des freien Wettbewerbs sind die von Art. 90 II anerkannten Motive für die Eingriffe in den freien Wirtschaftsablauf. Bestehen jedoch einmal derartige Interventionen, so droht die Gefahr einer Ausweitung der Eingriffe und damit nachteiliger Einwirkungen auf die Entwicklung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs ohne Rücksicht auf die Erforderlichkeit der Maßnahmen zum Schutze der Interessen der offenen Gemeinschaft. Als solche mit dem Vertrag auch im Rahmen des Art. 90 II unvereinbare Tatbestände wurden (1) der Monopolmißbrauch, Dumping, Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, Unterlassen des Zollabbaus, Verstöße gegen das Kontingentierungsverbot, sowie mittelbare Subventionen mit negativen Auswirkungen auf den allgemeinen innergemeinschaftlichen Handel (2) erkannt. Das Hauptgewicht des Art. 90 II liegt somit auf der Statuierung der Geltung von Vertragsregeln, die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten selbst enthalten. Insofern sind die Mitgliedstaaten durchaus nicht ohne Einfluß auf die Durchsetzung der Vertragsregeln. Möglicherweise kommt jedoch hinzu - dafür spricht auch der gesetzessystematische Zusammenhang des Art. 90 II mit der Vorschrift über öffentliche oder bevorrechtigte Unternehmen, daß die Vertragsunterhändler, ohne bereits den Überblick über die rechtliche Ausgestaltung der Unternehmen in sämtlichen Ländern zu haben, den Einfluß der Regierungen für so maßgeblich hielten (3), daß die in Abs. III vorgesehenen Maßnahmen der Kommission ebenso gut direkt an die Mitgliedstaaten selbst, wie an die Unternehmen gerichtet werden können.

Ob die Kommission auf dem Wege über die Mitgliedstaaten im Einzelfall die Vertragswidrigkeiten abzustellen vermag, ist hier nicht zu entscheiden. In diesem Zusammenhang stellt sich die weitere Frage, ob sich die Befugnisse der Kommission in den in Art. 90 III vorgesehenen Maßnahmen erschöpft.

(1) Siehe oben D.

(2) Siehe oben C III 2.

(3) Dabei wird man vor allem an die Länder mit weitgehender Nationalisierung oder zumindest erheblicher Kapitalbeteiligung der Mitgliedstaaten gedacht haben.

V. Weitere Befugnisse der Kommission für Dienstleistungsunternehmen

Wenn Art. 90 III die Kommission zu einem gegenüber Art. 169 vereinfachten Verfahren ermächtigt, so lassen sich hieraus keine Schlüsse auf gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen eingeschränkte Befugnisse ziehen (1). Die Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten sind zum Vorgehen gegen Verhaltensweisen der Unternehmen untauglich (2). Der staatliche Einfluß auf die Unternehmen beschränkt sich in der Regel auf den innerstaatlichen Handel und die Sicherheit einer nicht marktmißbräuchlichen Versorgung der Allgemeinheit, während die Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels bezweckende, von Art. 90 nicht sanktionierte, Verhaltensweisen in der Regel nicht auf den staatlichen Einfluß zurückgehen. Die Kommission ist somit nicht gezwungen, gegen die Unternehmen wegen ihrer vertragswidrigen Verhaltensweisen direkt einzuschreiten.

Was die Entscheidungen der Kommission gegenüber den Unternehmen betrifft, so ist Art. 90 III nicht direkt anzuwenden. Die Pflicht, für die Anwendung der Vertragsregeln zu sorgen, ergibt sich hier aus den allgemeinen Vorschriften (Art. 155, VO Nr. 17) (3).

-
- (1) Deringer Rdn. 103 zu Art. 90; anders Gemeinschaftskommentar, EWG-Kartellrecht, Rdn. 77; Ipsen NJW 64, 2338.
 - (2) Obernolte a. a. O. S. 242 ist deshalb der Ansicht, das Gebrauchmachen von der Befugnis sei nicht sinnvoll.
 - (3) Hierbei ergibt sich ein weiteres Problem : Art. 90 ist per se wirksam, die Kommission kann aber ihren Pflichten nur dann nachkommen, wenn sie in die Lage versetzt wird, die möglichen Vertragsverletzungen auch zu beurteilen. Andererseits haben die Unternehmen ein legitimes Interesse zu wissen, ob ihre Verhaltensweisen mit den Vertragsgrundsätzen vereinbar sind, um im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens entsprechende Dispositionen treffen zu können. Es ist deshalb der Vorschlag von Delvaux und Faber a. a. O. erwägenswert, wenn sie auch für die Nichtanwendung der Vertragsregeln eine Feststellung der Kommission vorsehen. Dieser Feststellung käme dann allerdings nur die Bedeutung eines deklaratorischen Verwaltungsaktes zu.

VI. Das Verhältnis der Kompetenzen von Rat und Kommission

1. Rechtsangleichung (1)

Bei der Auslegung des Art. 90 II, insbesondere der Begriffe "betrauen" und "übertragene Aufgabe" war festzustellen, daß Art. 90 II viele in Form und Intensität unterschiedliche staatliche Eingriffe in die Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit in sich schließt. Eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Schaffung von Binnenmarktverhältnissen und die Intensivierung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs (2) ist deshalb die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Nach welchen materiellen Gesichtspunkten die Harmonisierung der Rechtsordnungen durchzuführen ist, läßt sich in abstracto nicht entscheiden (3).

Zu untersuchen ist in diesem Zusammenhang, ob Art. 90 III die Befugnis der Kommission einschließt, Richtlinien zur Koordinierung der Rechtsvorschriften zu erlassen. Die Richtlinienkompetenz im Rahmen der Art. 100-101 ist von eminenter politischer Bedeutung (4) : Die genannten Vorschriften machen den Erlaß von Richtlinien von einem einstimmigen Beschluß des Rates abhängig (5).

Außerdem ist die Anhörung der Versammlung sowie des Wirtschafts- und Sozialausschusses erforderlich. Wenn Art. 90 im Gegensatz zu dem durch viele Parallelen gekennzeichneten Verkehr auf eine gemeinsame Politik verzichtet hat, so geschah dies nur wegen der Möglichkeit der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit auf Unternehmensebene (6). Eine Regelung der politischen Probleme durch die Kommission wurde damit nicht angestrebt. Aus diesem Grunde bleibt die Kommission

-
- (1) Vgl. hierzu insbesondere Bärmann JZ 59, 553 ff.; Mesenburg BB 61, 141; Schmidt a. a. O. S. 16 ff.
 - (2) Von der Schaffung einer einheitlichen Wettbewerbsordnung kann man meines Erachtens bei Wirtschaftsbereichen, die eine marktwirtschaftliche Ordnung nicht zulassen, nicht reden, selbst wenn Wettbewerbsregeln im Sinne des Vertrags etwa das Subventions- und Monopolmißbrauchsverbot anwendbar sind.
 - (3) Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit Auslegungsproblemen des Art. 90 II. Die Untersuchung der Möglichkeiten und Modalitäten der Rechtsangleichung ginge über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Grundsätzlich sind die stärker interventionistischen Rechtsordnungen den liberalen anzupassen, denn diese erbringen durch ihre Existenz den Beweis, daß stärkere Eingriffe zur Erfüllung der besonderen Pflichten in der Regel nicht unerläßlich sind. Vgl. hierzu Günther WUW 61, 755 (761).
 - (4) VerLoren van Themaat, Harmonisierung S. 4.
 - (5) Weniger streng ist die Regelung des Art. 101. Hier bedarf es nur während der 1. Stufe der Einstimmigkeit.
 - (6) Siehe oben C III 1 b.

auch bei der Harmonisierung der Rechtsvorschriften auf ihre Mitwirkung im Rahmen der Art. 100 f. beschränkt. Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften ist weniger eine Frage der Anwendung des Art. 90 II, sondern der Schaffung von Vorbedingungen für deren Anwendung.

Ebensowenig wie sich die Befugnisse der Kommission bezüglich der Dienstleistungswirtschaft auf die in Art. 90 III festgelegten Maßnahmen beschränken, sind sie bei dem Verfahren der Rechtsangleichung erweitert. Der Rat bleibt trotz der Vorschrift des Art. 90 III berufen, sämtliche der Harmonisierung dienende Maßnahmen im Rahmen der Art. 100 f. zu treffen. Dieses Ergebnis findet sich durch Art. 87 II e bestätigt : Die Harmonisierung der Rechtsordnung entspricht funktionell der Bestimmung des Verhältnisses von Art. 90 zu den innerstaatlichen Regelungen. Sie ist weiterhin dem Rat vorbehalten, denn Art. 87 II e gilt für alle im ersten Abschnitt (Art. 85 - 90) getroffenen Regelungen (1).

2. Artikel 87 II c

Ein weiterer Tatbestand, bei dem das Verhältnis der Kompetenzen von Rat und Kommission problematisch werden kann, ist Art. 87 II c. Danach erläßt der Rat auf Vorschlag der Kommission Verordnungen oder Richtlinien, die "gegebenenfalls den Anwendungsbereich der Art. 85 und 86 für die einzelnen Wirtschaftszweige näher bestimmen". Diese Kompetenz überschneidet sich, soweit Art. 90 II auch die Art. 85 und 86 näher regelt, mit der des Art. 90 III, wenn auch die Bestimmung des Anwendungsbereichs gemäß Art. 87 III c nicht identisch ist mit dem Auftrag, auf die Anwendung der Vorschrift zu achten : Während Art. 87 III auch zu politischen Entscheidungen - allerdings im Rahmen des Art. 90 II - ermächtigt, ist Art. 90 III auf die technische Durchführung beschränkt. Deringer (2) ist der Ansicht, Art. 90 stelle die speziellere Vorschrift dar. Der Rat sei an einer näheren Regelung des Anwendungsbereiches der Art. 85 ff. auf die Dienstleistungsunternehmen gehindert, denn dies liefe auf eine Änderung des Art. 90 III hinaus. Dem widersprechen die obigen Ergebnisse der Auslegung des Art. 90 II, wie auch die verfassungsmäßige Stellung der Kommission im Gesamtgefüge des Vertrags. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Kommission am Erlass von Richtlinien oder Verordnungen aufgrund des Art. 87 durch ihr Vorschlagsrecht konstitutiv mitwirkt und somit ebenfalls auf die Anwendung des Art. 90 II achtet. Es sprechen keine Anhaltspunkte dafür, daß die Vertragsunterhändler auf einem so heißumstrittenen Gebiet

(1) Vgl. hierzu Deringer Rnd. 104 zu Art. 90.

(2) Rdn. 104 zu Art. 90.

wie dem der Dienstleistungswirtschaft, die Regelung zum Teil heikelster politischer Fragen ausschließlich der Kommission überlassen wollten (1).

VII. Zusammenfassung

Die eingangs gestellten Fragen zu Art. 90 III lassen sich wie folgt beantworten :

1. Der Auftrag der Kommission, auf die Anwendung des Art. 90 zu achten, ist ein technischer. Neben denen der Rechtsanwendung räumt er keine politischen Befugnisse ein.
2. Die Anwendung des Art. 90 II obliegt nicht ausschließlich der Kommission. Auch die übrigen Organe der Gemeinschaft, die Mitgliedstaaten und Unternehmen wenden die Vorschrift an.
3. Die Möglichkeit, Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten zu richten, bietet ein gegenüber Art. 169 vereinfachtes Verfahren.
4. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich nicht auf die in Art. 90 III vorgesehenen Richtlinien und Entscheidungen an die Mitgliedstaaten. Soweit die Kommission Entscheidungen gegenüber den Unternehmen trifft, ergibt sich ihre Befugnis hierzu aus den allgemeinen Vorschriften. Grundsätzlich sind dabei die Vorschriften der VO Nr. 17 anzuwenden.
5. Durch Art. 90 III werden die Kompetenzen des Rates im Rahmen der Rechtsangleichung, sowie des Art. 87 II c und e nicht berührt.

B. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Exegese des Art. 90 II

1. Art. 90 II behandelt Unternehmen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Art (Monopol tendenz) und der Bedeutung der von ihnen erbrachten Leistungen (Lebensnotwendigkeit) eine marktwirtschaftliche Ordnung, wie sie der EWGV in den Art. 85 ff. vorsieht, nicht verwirklichen lassen. Wirtschaftsverfassungsrechtlich handelt es sich um eine staatlich beeinflusste, geschlossene Bedarfsdeckungswirtschaft.

(1) Im Ergebnis übereinstimmend : Hartmann a. a. O. S. 5; de Snoy a. a. O. S. 7; siehe auch Deringer Rdn. 30 zu Art. 87; abweichend : v. Boeckh in Groeben-Boeckh A4 d. Vorbem. zu Titel II 345 ff. .

2. Die Unternehmen des Art. 90 II sind in der Regel staatliche Handelsmonopole im Sinne von Art. 37, haben darüber hinaus jedoch die Funktion, lebenswichtige, bzw. zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft notwendige Leistungen zu erbringen. Häufig - aber nicht notwendig - sind die Dienstleistungsunternehmen öffentliche Unternehmen (Art. 90 I). Von diesen unterscheidet sie begrifflich das Bestehen besonderer Pflichten.

3. Der Begriff "Dienstleistung" ist abweichend von der Legaldefinition weit auszulegen. Er ist nicht auf die Erbringung immaterieller Leistungen beschränkt.

4. Das allgemeine wirtschaftliche Interesse ist ein materieller Begriff. Er ist nicht gleichbedeutend mit den nationalen Interessen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten sowie Gruppeninteressen. Er ist der offenen Gemeinschaft zugeordnet und entsteht durch das gemeinsame Interesse der Allgemeinheit an einer gemeinsamen Deckung des lebenswichtigen Bedarfs durch ein bestimmtes Unternehmen. Der Lebensnotwendigkeit steht die Erforderlichkeit der Dienstleistungen zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft gleich. Da die offene Gemeinschaft als solche handlungsunfähig ist, nimmt die öffentliche Gewalt ihre Interessen wahr, indem sie Mißbräuche der Marktmacht der Unternehmen verhindert und eine jedermann zugängliche Erbringung von Dienstleistungen gewährleistet.

5. Die Unternehmen kennzeichnet ein Betrauungsverhältnis gegenüber den Trägern der Wirtschaftsverwaltung. Dessen Form richtet sich nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten. Sie tritt hinter der Funktion zurück. Entscheidende Kriterien des Betrauungsverhältnisses sind die Aufrechterhaltung der Marktmacht, sowie die Auferlegung besonderer Pflichten zugunsten der offenen Gemeinschaft.

6. Die privilegierte Stellung der Unternehmen ist notwendiges Korrelat deren besonderen Pflichten. Es widerspräche dem Grundsatz der Chancengleichheit, einzelnen Unternehmen besondere Pflichten aufzuerlegen und sie gleichzeitig dem freien Wettbewerb zu unterwerfen. Art. 90 II schließt deshalb den direkten, die Marktstellung der Unternehmen beeinträchtigenden Wettbewerb aus.

7. Art. 90 II 1 beschränkt die Freistellung auf ein Minimum. Über die in Ziff. 6 genannten Tatbestände hinausgehende Vertragsverletzungen sind nur dann zulässig, wenn diese zur Erfüllung der besonderen Aufgabe "unerlässlich" sind.

8. Art. 90 II 2 schränkt Satz 1 nicht ein : Wo die Anwendung der Vertragsregeln undurchführbar, bzw. zur Erfüllung der besonderen Aufgabe unerlässlich ist, ist es nicht sinnvoll, die Vertragsregeln dennoch anzuwenden.

Das Interesse der Gemeinschaft ist ein spezifischer Begriff des Art. 90 II. Er erstreckt sich nicht auf die Anwendung der typischen Mittel der Integration.

9. Satz 2 des Art. 90 II verzichtet auf das Merkmal der Unerlässlichkeit bei Kartellen der Dienstleistungswirtschaft, die durch Zusammenarbeit die Erfüllung

der besonderen Aufgabe erleichtern und zu einer Förderung des durch Anwendung der Vertragsregeln nicht ebenso zu verwirklichenden zwischenstaatlichen Austausches führen (Kodifizierte Rule of Reason).

10. Während die Nichtanwendbarkeit der Vertragsregeln von der Beurteilung im Einzelfall abhängt, gibt es Vorschriften, deren Anwendbarkeit Art. 90 II in keinem Falle berührt. Hierzu gehören :

- a. Monopolmißbrauch (Art. 86)
- b. Dumping (Art. 91)
- c. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Art. 52)
- d. Abschaffung von Zöllen (Art. 12 ff.)
- e. Verbot von Einfuhrkontingentierungen (Art. 30 ff.).

11. Art. 90 II ist eine Legalausnahme. Vertragsverletzungen, die gemäß Art. 85 III von dem Verbot des Art. 85 I freigestellt werden können, sind, soweit sie den Tatbestand des Art. 90 II erfüllen, kraft Gesetzes (EWGV) zulässig.

12. Die Regelung des Art. 90 II ist gesetzessystematisch verfehlt ; Es handelt sich weder um eine reine Vorschrift über Unternehmen (Art. 90 III), noch um eine bloße Wettbewerbsregel (Geltung der "Vorschriften dieses Vertrags").

13. Die Kompetenz der Kommission bezüglich der Dienstleistungswirtschaft ist nicht auf die in Art. 90 III genannten Richtlinien oder Entscheidungen gegenüber den Mitgliedstaaten beschränkt. Die Bedeutung des Art. 90 III liegt in der Schaffung eines gegenüber Art. 155 ff. vereinfachten Verfahrens.

14. Die Kompetenz der Kommission ist kein politischer Auftrag. Sie beschränkt sich auf Fragen der Rechtsanwendung.

15. Die Anwendung des Art. 90 II obliegt nicht ausschließlich der Kommission. Auch die übrigen Organe der Gemeinschaft, die Mitgliedstaaten und Unternehmen wenden die Vorschrift an. Durch Art. 90 III werden die Kompetenzen des Rates im Rahmen des Art. 87 II c und e, sowie bei der Angleichung der Rechtsvorschriften der Dienstleistungswirtschaft nicht berührt.

II. T E I L

Die Integration der Elektrizitätswirtschaft

A. Vorbemerkung

Nach der Auslegung und Klärung der rechtspolitischen und dogmatischen Grundlagen des Art. 90 II wendet sich die folgende Untersuchung der Anwendung der Vorschrift zu. Am Beispiel der Elektrizitätswirtschaft sind die Ergebnisse der Auslegung auf ihre Praktikabilität zu überprüfen.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt wurde, hat man bisher nur vereinzelt die Anwendbarkeit des EWGV auf die Elektrizitätswirtschaft angezweifelt (1). Ein Vertrag, der die "Annäherung der Wirtschaftspolitik sowie die harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens" (2) bezweckt, kann auf die Einbeziehung der Elektrizitätswirtschaft in den Integrationsprozeß schwerlich verzichten.

Überblickt man die Entwicklung der europäischen Integrationsbestrebungen nach dem 2. Weltkrieg, insbesondere die Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV) sowie der Europäischen Atomgemeinschaft (EuratomV) (3), so dokumentieren sie den Willen, die Energiepolitik zu einer Grundlage der wirtschaftlichen Integration zu machen.

Der Elektrizitätswirtschaft kommt durch ihre Hilfsfunktion für andere Wirtschaftsbereiche eine gesamtwirtschaftlich so eminent wichtige Bedeutung zu, daß ein Verzicht auf ihre Eingliederung in den Integrationsprozeß außergewöhnlich wäre. Der EWGV umfaßt, mit Ausnahme der im EGKSV und EuratomV geregelten, grundsätzlich sämtliche Wirtschaftsbereiche. Hätten die Vertragsunterhändler die Elektrizität ausklammern wollen, so hätten sie dies klar zum Ausdruck gebracht. Bestehen angesichts einer fehlenden Sonderregelung keine ernstlichen Bedenken gegen die Eingliederung der Elektrizitätswirtschaft in die Gemeinschaft, so ist damit noch nicht die Anwendbarkeit des Art. 90 II bewiesen.

Der Gemeinsame Markt zwingt zu einer einheitlichen Betrachtung. Die Regelungen der einzelnen Mitgliedstaaten sind jeweils daraufhin zu überprüfen, wie sie sich in das Gesamtgefüge des Gemeinsamen Marktes einbeziehen lassen (4). Der Klärung der Bedeutung des Art. 90 für die Elektrizitätswirtschaft ist deshalb zweckmäßig, eine Darstellung der einzelnen Elektrizitätsrechte sowie der besonderen Eigenart des Wirtschaftsbereichs voranzustellen.

(1) Fischerhof BB 62, 783.

(2) Vgl. Art. 2.

(3) Beide Regelungen werden vom EWGV nicht berührt (Art. 232).

(4) Ballerstedt, Bonner Kartellrechtsdiskussion, Manuskript S. 1 f.

B. Darstellender Teil

I. Die Struktur des Elektrizitätsrechts der Mitgliedstaaten

Die Darstellung der verschiedenen Elektrizitätsrechte im Rahmen dieser Arbeit muß sich auf die für die Problematik des Art. 90 II relevanten Gesichtspunkte beschränken. Die Kenntnis der nationalen Rechtsordnungen ist für die sachgerechte Lösung der Integrationsprobleme von Bedeutung, lassen sich doch hieraus Schlüsse auf die Gestaltungsmöglichkeiten im zwischenstaatlichen Bereich ziehen.

Einer herkömmlichen Betrachtungsweise folgend, wird die Darstellung der einzelnen Rechtsordnungen wie folgt gegliedert : Das Recht der Energieerzeugung und das Recht der Fortleitung und Verteilung. Soweit sachdienlich, wird auch die geschichtliche Entwicklung der Elektrizitätsrechte in der notwendigen Kürze angedeutet (1).

1. Belgien

Die belgische Versorgungswirtschaft ist weitgehend privatwirtschaftlich organisiert. Dies hat historische Gründe : Bis 1922 (2) war es den Gemeinden verwehrt, Kapitalanleihen zum Zwecke der eigenen wirtschaftlichen Betätigung aufzunehmen. Die eigene Finanzkraft reichte zum Aufbau einer kommunalen Versorgung in der Regel nicht aus. Seither ist allerdings der Anteil der Gemeinden, die häufig mit den bestehenden Versorgungsunternehmen sog. "Sociétés intercommunales mixtes" bilden, dauernd gestiegen. Während die Elektrizitätserzeugung sich noch zu mehr als 90 % in der Hand privater Unternehmen befindet, beträgt deren Anteil an der Stromverteilung nur mehr etwa 40 %. Die Stromerzeugung ist nach dem Elektrizitätsvertragsgesetz vom 10. 3. 1925 keinen staatlichen Beschränkungen unterworfen. Die Stromfortleitung und Verteilung gilt als Service Public. Die Gemeinden sind aufgrund ihres Wegeeigentums in der Lage, die Versorgung der Kleinabnehmer ausschließlich durchzuführen. An der Versorgung von Großabnehmern sind sie nicht gehindert, dabei jedoch der Konkurrenz anderer Elektrizitätsversorgungsunternehm-

(1) Zum Vergleich der Elektrizitätsrechte : Siegel, Die Elektrizitätsgesetzgebung der Kulturländer, teilweise überholt, desgl. Schmitz, Das Recht der Energiewirtschaft im Ausland-Westeuropa; EWG Strompreisvergleich; Malzer WUV 63, 205.

(2) Gesetz vom 1. 3. 1922 M. B. v. 16. 3. 1922.

men unterworfen. Das Elektrizitätsvertragsgesetz vom 10.3.25 (1) unterscheidet in Art. 3 zwei Kategorien der Stromverteilung : Kategorie A umfaßt die Versorgung der Kleinabnehmer, die die Elektrizität ausschließlich für Beleuchtungszwecke benötigen oder deren Leistungsbedarf 1 000 KW nicht überschreitet.

In Kategorie B sind alle Großabnehmer einzuordnen, bei denen die Leistungen mindestens zu 85 % als Kraftstrom dienen und deren Leistungsbedarf über 1 000 KW liegen.

Beabsichtigt ein privates Unternehmen Versorgungsleistungen der Kategorie B zu erbringen, so ist die Gemeinde als Wegeherr zur Konzessionserteilung bezüglich des Leitungsverorgungsrechts verpflichtet. Der Wettbewerb der Kategorie B ist jedoch nicht völlig frei. Die industriellen Stromerzeuger haben ein vorbildliches Verbundnetz aufgebaut und arbeiten weitgehend unter Ausschluß des Wettbewerbs zusammen. Im übrigen sind die öffentlichen, oder mit der Versorgung der Kategorie A aufgrund eines Konzessionsvertrags mit Ausschließlichkeitsrecht ausgestatteten Unternehmen nicht daran gehindert, Versorgungsleistungen der Kategorie B zu erbringen. Um nachträgliche Auswirkungen des wettbewerblichen Verlustes der Versorgung von Großabnehmern auf die Versorgung von Kleinabnehmern zu verhindern, kann dem Wettbewerber von der Gemeinde gemäß Art. 7 des Elektrizitätsvertragsgesetzes, eine an das öffentliche Versorgungsunternehmen zu leistende Ausgleichsabgabe von bis zu 5 % der Bruttoeinnahmen auferlegt werden (2).

Die wettbewerbsrechtlichen Verschiebungen im Kreis der Versorgten sind nur gering. Der Wettbewerbsdruck entfällt weitgehend dadurch, daß die Tarifgestaltung einem zentralen Verwaltungsausschuß obliegt. Die aufgrund der Richtlinien dieses "Comité permanent de l'Electricité" festgelegten Preise der verschiedenen Unternehmen weichen nur unwesentlich voneinander ab (3). In Wirklichkeit ist die Zusammenarbeit der verschiedenen Versorgungsunternehmen wirtschaftlich wesentlich bedeutsamer als der Wettbewerb. Von den gemeinsamen Organisationen der Zusammenarbeit seien nur einige genannt : Die praktische Durchführung des gemeinsamen Verbundbetriebs von öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und industriellen Eigenerzeugern obliegt einer privatrechtlich organisierten, belgischen Verbundgesellschaft "Société pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Energie Electrique"(C. P. T. E.). In einem weiteren Gremium der Zusammenarbeit übt der zuständige Minister durch einen Beauftragten das staatliche Aufsichtsrecht über den Service Public aus : Das Comité de Rééquipement de l'Electricité hat die Aufgabe, die Investitionen und Bauprogramme unter dem Gesichtspunkt der Konzen-

(1) M. B. v. 25. 4. 1925.

(2) Die Ausführungen folgen de Léener EW 57, 198; siehe auch Strahinger EW 62, 632; teilweise abweichend : VIK Tätigkeitsbereich 62, S. 24, sowie Naudts, Beiträge S. 239 ff.

(3) Vgl. EWG Strompreisvergleich S. 12.

tration der Produktionsmittel zu koordinieren.

Die privaten Versorgungsunternehmen der Kategorie B sind in einer gemeinsamen Organisation zusammengefaßt (A.C.E.I.B.), deren wichtigstes Organ ein ständiger Koordinierungsausschuß ist. Ihm sind sämtliche Ausbauprojekte vorzulegen. Nach einer Prüfung unter den Gesichtspunkten der gemeinsamen Interessen der Unternehmer, sowie unter Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Belange erläßt der Ausschuß bindende Empfehlungen.

2. Niederlande

In den Niederlanden erkannte man frühzeitig die volkswirtschaftlichen Nachteile allzu großer Zersplitterung. Nach dem ersten Weltkrieg zogen die Provinzen, begünstigt durch ihr Wegerecht, die bisher gemeindliche Elektrizitätswirtschaft auf dem Verordnungswege an sich und konzentrierten die Versorgung auf Provinzialebene. Die reichsrechtliche Konzentration der gesamten Elektrizitätswirtschaft unter Durchbrechung provinzieller und gemeindlicher Rechte enthielt das niederländische Elektrizitätsgesetz von 1938. Die diesbezüglichen Regelungen traten wegen des Widerstandes der Gebietskörperschaften nicht in kraft. Bis auf wenige (9) Großstädte sind die Gemeinden von der Stromerzeugung ausgeschlossen und auf die Stromverteilung (60 %) beschränkt. Den in Form von Aktiengesellschaften betriebenen öffentlichen Provinzialunternehmen obliegt die Erzeugung und Verteilung nach Maßgabe der erwähnten Ausnahmen (1). Reichsrechtliche Beschränkungen der Elektrizitätserzeugung bestehen nicht. Die Provinzialverordnungen beschränken die Erzeugung insoweit, als für die Versorgung *a n d e r e r* vorgesehene Anlagen konzessionspflichtig sind (2).

Die Leitungsverlegung geht, wie in Belgien, auch in den Niederlanden über den Gemeingebrauch hinaus. Es bedarf der Erteilung einer Wegekonzession durch den Eigentümer, bzw. den über das Wegerecht Verfügungsbefugten. Lediglich die Provinzen haben allgemeine Rechtsgrundsätze hierfür aufgestellt. Danach wird auch die Wegekonzession nur unter Widerrufsvorbehalt für den Fall verliehen, daß die Provinz den Bau eines eigenen Kraftwerkes plant. Ein Ausschließlichkeitsrecht enthält die Wegekonzession nicht ausdrücklich. Das gleiche gilt auch für die Konzessionen

(1) Großstädte

(2) Nach den Provinzialverordnungen werden Konzessionen an nicht provinzielle Versorgungsunternehmen nur unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall erteilt, daß es die wirtschaftliche Lage der Provinz erfordert. Diese Regelung verhinderte das Entstehen privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen

sion zur Leitungsverlegung auf Reichsstraßen. Im Wegerecht liegt derzeit die einzige reale Einflußmöglichkeit und Kontrolle des Reichs über die Provinzialunternehmen.

Die niederländischen Elektrizitätswerke arbeiten in einer Verbundgesellschaft (Samenwerkende Elektriziteits Productie Bedrijven) zusammen; deren Regelung entspricht der belgischen und der deutschen Verbundwirtschaft.

3. Luxemburg

Das Fehlen der Primärenergien Wasser und Kohle erschwerte den Aufbau einer einheitlichen luxemburgischen Elektrizitätswirtschaft. Bis zum ersten Weltkrieg führten die Gemeinden eine Versorgung durch, ohne daß diese jedoch lückenlos gewesen wäre. Das Angebot an Abfallenergien der Eisen- und Stahlindustrie einerseits, sowie Kapitalbefassungsschwierigkeiten des Staates gaben den Ausschlag für das Absehen von dem bereits geplanten Bau eines zentralen Kraftwerkes mit staatlichen Mitteln.

In einem parlamentarisch genehmigten Stromlieferungsvertrag vom 11.4.1927 wurde vom luxemburgischen Staat die Erzeugung des gesamten für die öffentliche Versorgung erforderlichen Bedarfs einer von luxemburgischen und französischen Stromerzeugern gebildeten Gesellschaft (SOTEL) übertragen.

Die Wegehoheit der Gemeinden wurde auf Grund des Gesetzes vom 2.2.1924 eingeschränkt, indem sich der Staat die Verfügungsbefugnis über die Leitungsverlegungsrechte vorbehielt. Dadurch wurden die Voraussetzungen für die Verleihung einer Konzession mit ausschließlichem Benutzungsrecht aller öffentlichen Wege geschaffen. Der am 11.11.1927 geschlossene, durch Gesetz vom 4.11.1928 gebilligte Vertrag räumt der dem Versorgungszwange unterliegenden Verteilungsgesellschaft (CEGEDEL) ein Leitungsmonopol ein. Die Gesellschaft ist eine als Aktiengesellschaft betriebene gemischtwirtschaftliche Unternehmung mit einer staatlichen Beteiligung zu 1/6 des Grundkapitals.

4. Deutschland (1)

1960 gab es in der Bundesrepublik Deutschland etwa 2900 Stromerzeuger. Der Großteil entfiel auf wirtschaftlich unbedeutende Eigenerzeuger (2). Immerhin produzieren die privaten Elektrizitätsversorgungsunternehmen (im folgenden: EVU) 66% (3) des industriellen, das entspricht 38% des gesamten Strombedarfs. Die Zersplitterung der Versorgungsgebiete ist größer als in allen Mitgliedstaaten der EWG, jedoch geringer als es nach Angabe dieser Daten den Anschein hat: Die acht in der Deutschen Verbundgesellschaft zusammengeschlossenen öffentlichen (4) Versorgungsunternehmen erzeugen etwa 62% des gesamten Strombedarfs. Was den Kapitaleinfluß auf die in der Regel als Aktiengesellschaften (z. T. auch als Regiebetriebe der Gemeinden) betriebenen öffentlichen Versorgungsunternehmen betrifft, so gibt es drei Typen: Auf die öffentlichen Unternehmen (5) entfallen 52%, auf gemischtwirtschaftliche 45%, auf privatwirtschaftliche 3% der gesamten Stromverteilung. Die Zersplitterung der deutschen Elektrizitätswirtschaft ergibt sich aus der Tatsache, daß die Elektrizitätswirtschaft bis zum Erlaß des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (EnWG) im Jahre 1935 (6) keinerlei Beschränkungen unterlag.

Das EnWG hat das Ziel, "unter staatlichem Einfluß die Energiewirtschaft zu koordinieren, die Energie im Interesse des Gemeinwohls wirtschaftlich einzusetzen, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern und

-
- (1) Vgl. hierzu insbes. Eiser-Riederer *EnergWIR* S. 39 ff.; Huber *Wirtsch. Verw.* R. I, 579 ff.; Statist. Ber. d. Referats Elektr. Wirtschaft im Bundesministerium für Wirtschaft EW 62, 515; Strahlinger EW 62, 632; Malzer WUW 63, 205; Fischerhof BB 58, 135 ff. m. Melchinger ET 51, 4 ff.
 - (2) 98% der gesamten Stromproduktion wurden von den 265 größten EVU erzeugt.
 - (3) In Belgien sind es nur 56,6%; trotz der oben geschilderten rechtlich günstigeren Startbedingungen für private Versorgungsunternehmen überschreitet die industrielle Krafterzeugung Belgiens mit 41,6% die der Bundesrepublik nur um 3,4%.
 - (4) Unter "öffentlicher Versorgung" versteht das EnWG in § 2 II die Versorgung "anderer". Nur mit dieser Kategorie befaßt sich die folgende Darstellung.
 - (5) Vgl. Art. 90 I; beachte den unterschiedlichen Sinngehalt des Begriffs "öffentlich".
 - (6) EnWG v. 13.12.35, RG Bl. I 1451.
 - (7) Die im Gesetz vom 31.11.19 (RG Bl. 1920 S. 19) bestimmte Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft wurde aus wirtschaftspolitischen Gründen niemals durchgeführt

dadurch die Energieversorgung möglichst sicher und billig zu gestalten" (1). Die bestehende private Energiewirtschaft wird als Trägerin der sog. öffentlichen, d. h. allgemein zugänglichen Versorgung anerkannt und auf die Sozialisierung verzichtet. Der Staat behält sich weitgehende Aufsichtsbefugnisse vor (2). Zu den staatlichen Eingriffen in die Unternehmensfreiheit gehören unter anderem: (3)

a. Anzeigepflicht von Investitionen und Stilllegung von Anlagen mit der Möglichkeit der Untersagung beanstandeter Bauvorhaben aus Gründen des Gemeinwohls (§ 4 EnergWG).

b. Die Aufnahme öffentlicher Versorgungstätigkeit bedarf der Genehmigung (§ 5 EnergWG).

c. Die Verpflichtung der öffentlichen Versorgungsunternehmen, für ihr Gebiet, allgemeine Bedingungen und Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und jedermann an das Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (§ 6 EnergWG). Ausnahmen gelten nach § 6 II, wenn dem EVU die Versorgung aus wirtschaftlichen Gründen nicht zuzumuten ist. Die Strompreise der industriellen Sonderabnehmer werden nicht nach Tarifen, sondern einzelvertraglich ausgehandelt und nicht veröffentlicht ((4).

d. Ist ein EVU außerstande, "seine Versorgungsaufgabe und die ihm aufgrund des Gesetzes auferlegten Pflichten zu erfüllen", so können die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung dieses Zustandes getroffen werden. Als weitestgehender Eingriff droht den Unternehmen die Untersagung (5). In diesem allerdings bisher nie eingetretenen Falle wird ein anderes Unternehmen mit der Durchführung der Versorgungsaufgabe staatlich beauftragt (§ 8 EnergWG).

Für die Leitungsverlegung sind die zivilrechtlichen Vorschriften über das Eigentum maßgebend (6). Die Leitungsverlegung bedarf der Zustimmung des Wegeherren (Wegeeigentümer).

In sog. Konzessionsverträgen räumen die Gemeinden als die wichtigsten Wegeherren - soweit sie die öffentliche Versorgung nicht selbst durchführen - den Versor-

(1) Präambel z. EnWG.

(2) Nach § 1 obliegt die Energieaufsicht dem Reich, Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes verteilen sich die Kompetenzen gemäß Art. 83, 74 zu 11 GG auf Bundesregierung und Landesregierungen. Vgl. hierzu Eiser-Riederer zu § 1 EnWG.

(3) Beachte hierzu grundlegend: Schüler-Springorum VEnERG 1/2 S. 101 ff., Eiser-Riederer I 106 ff.

(4) Kritisch hierzu: Hamm a. a. O.

(5) "Abmeierung".

(6) Hierzu grundlegend Bauer, Tragweite des § 905 BGB für Versorgungsleitungen VEnERG 5, 25; Malzer, Beiträge zum Energierecht S. 231 ff.; Henrichs a. a. O. S. 893 ff.

gungsunternehmen das Recht der über- und unterirdischen Leitungsverlegung ein. Das EVU zahlt hierfür eine Konzessionsgabe (1). Nach der Konzessionsgabelordnung (KAO) (2) wird in Konzessionsverträgen ein ausschließliches Leitungsverlegungsrecht für das gesamte Gemeindegebiet vereinbart.

Durch § 103 I Ziff. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (3) sind die (zivilrechtlichen) Konzessionsverträge vom Kartellverbot befreit und lediglich der Mißbrauchsaufsicht (§ 104 GWB) unterworfen. Eine entsprechende Regelung gilt für die weiteren, die Absicherung der Versorgungsgebiete vor dem Wettbewerb bezweckenden Absprachen. Hierzu gehören vor allem die Gebietschutzverträge (Demarkationsabreden) (4), deren wichtigste Erscheinungsform sind die sog. A.-Verträge. Man versteht darunter Energielieferungsverträge zwischen Erzeugerunternehmen und Verteilerunternehmen (5). Sie enthalten als Nebenabreden die Verpflichtung eines Vertragspartners, öffentliche Versorgungsleistungen einem im Vertrag abgegrenzten Gebiet zu unterlassen (6).

Meist laufen Konzessionsverträge und Demarkationsabreden nebeneinander her. Da sie in der Regel nicht gleichzeitig auslaufen, ergänzen sie einander und bilden einen vollkommenen Schutz vor dem direkten Wettbewerb durch andere EVU.

Neben der Sicherung des Versorgungsgebietes hat in Deutschland wie in Belgien und den Niederlanden die Zusammenarbeit der großen EVU im Verbund die Leistungsfähigkeit der Elektrizitätswirtschaft erhöht. Nach der Definition des § 103 I Ziff. 4 GWB sind Verbundverträge Gesellschaftsverträge, aufgrund derer die beteiligten Versorgungsunternehmen bestimmte Versorgungsleistungen ausschließlich einem oder mehreren Versorgungsunternehmen zur Verfügung stellen, bzw. abnehmen. Auch dieser Kartelltyp der Versorgungswirtschaft unterliegt lediglich der Mißbrauchsaufsicht (§§ 22, 104 GWB).

- (1) Vgl. hierzu Ballerstedt BB 58, 125.
- (2) K.A.O. vom 4.3.41 RG Bl. v. 8.3.41 sowie Ausf. VO zur K.A.O. v. 27.2.43, RG Bl. Nr. 75 v. 31.3.43
- (3) v. 27.7.57 (BG Bl. I, 1081). Vgl. hierzu Schelberger in Gemeinschaftskommentar § 103 ff.
- (4) § 103 I 1 GWB hierzu grundlegend: Beck VEnergR 7/8 S. 61.
- (5) In der Regel rechtlich verselbständigte, häufig auch unselbständige öffentliche Unternehmen (Regiebetriebe), deren Träger die Gebietskörperschaften sind.
- (6) Typische Abreden sind: Grenzmengenabkommen - darin nehmen Verteilungs- und Zulieferungsunternehmen eine Abgrenzung des jeweiligen Versorgungskreises nach „Kleinzeigenshaften der Unternehmen vor“, Stilllegungsgebote und Investitionsverbote. Die Demarkationen müssen nicht im Rahmen von Energielieferungsverträgen vereinbart werden. Sie können auch Gegenstand eines selbständigen Vertrags mit dem Inhalt der gegenseitigen Respektierung des Versorgungsgebietes der Vertragspartner sein.

5. Frankreich

Die aufgrund privater Initiative entstandene französische Elektrizitätswirtschaft war von Anfang an als Wirtschaftsbereich des Service Public weitgehenden hoheitlichen Eingriffen unterworfen (1).

Im Zuge einer Reihe von Nationalisierungsmaßnahmen wurde die kriegsgeschädigte und neu aufzubauende Elektrizitätswirtschaft durch Gesetz v. 8.4.1946 nationalisiert. Die bestehenden EVU wurden zur Liquidation und Übertragung des Vermögens auf die neu gegründete öffentlich-rechtliche Anstalt "Electricité de France" (EdF) gezwungen.

Der Anteil der EdF an der Stromerzeugung des Landes beträgt 70 %. Der Rest entfällt auf nicht nationalisierte Gemeindebetriebe, die bereits 1946 als Regiebetriebe oder gemischt-wirtschaftliche Unternehmen bestanden hatten (2), sowie die Industrie. Die Errichtung neuer Kraftwerke ist der EdF vorbehalten. Die Nutzung der Wasserkraft unterliegt seit dem Erlass des Wasserkraftgesetzes (WKG) vom 16.10.1919 staatlicher Verfügungsgewalt. Der Staat erteilt für kleine Anlagen eine einfache Erlaubnis, für Anlagen, die der öffentlichen Versorgung dienen, eine Bewilligung. Gemäß Art. 26 WKG dürfen Erlaubnis und Bewilligung nur Franzosen erteilt werden. Um Kohle einzusparen, bzw. deren Einsatz wirtschaftlich zu gestalten, unterliegt die Verwendung thermischer Energie seit 1948 (3) der staatlichen Aufsicht. Wenn auch die Energieerzeugung für die öffentliche Versorgung der EdF obliegt, so unternimmt die Regierung wegen des in Frankreich wie in den übrigen EWG-Ländern jährlich um 8-10 % steigenden Strombedarfs Maßnahmen zur Förderung der industriellen Stromerzeugung; (4) Die EdF ist zur Abnahme des Überschußstroms verpflichtet, soweit dadurch nicht der einwandfreie Ablauf ihrer Verteilung behindert wird.

Das Recht der Energiefortleitung hat durch die Nationalisierung keine wesentlichen Änderungen erfahren. Die Leitungsverlegung bedarf der Konzession des Wegeherren. Die Gemeinden als Wegeherren sind jedoch nicht mehr frei in der Auswahl des Versorgungsunternehmens. Auch die inhaltliche Gestaltung des Konzessionsvertrages unterliegt nicht der Disposition der Gemeinden (5); Die EdF kontrahiert nach ei-

-
- (1) Staatliche Konzessionierung (concession de service public), Tarifaufsicht etc.
 - (2) Das größte Unternehmen dieser Art ist die Electricité de Strasbourg, die 420 Gemeinden versorgt.
 - (3) J.O. vom 11.3.48, siehe auch Décret vom 16.9.49, J.O. vom 18.9.49.
 - (4) Décret 55/862; J.O. vom 21.5.55.
 - (5) Konzessionsabgaben sind abgeschafft. Zur Tendenz, sie wieder einzuführen; VEnergR 7/8 S. 60.

nem Musterkonzessionsvertrag. Er enthält nicht ausdrücklich die Einräumung eines Leitungsmonopols, während allerdings die EdF dem Anschluß- und Versorgungszwang unter Verpflichtung der Gleichbehandlung der Abnehmer unterliegt.

1961 schloß die EdF mit einem Verlust von 33,4 Mill. NF ab, der aus staatlichen Mitteln gedeckt werden mußte (1).

6. Italien (2)

Bis 1962 war die italienische Elektrizitätswirtschaft überwiegend (80 %) privatwirtschaftlich organisiert. Die Versorgung einer Stadt durch mehrere EVU war keine Seltenheit (3).

Aufgrund des Gesetzes Nr. 1643 vom 6.12.62 (4) wurde die bestehende Elektrizitätswirtschaft verstaatlicht (5). Ausgenommen wurden die industriellen Erzeuger, die in den Jahren 1951 - 1965 nicht mehr als 30 % ihrer Erzeugung in das öffentliche Versorgung dienende Netz eingespeist hatten. Die Erzeugung, Fortleitung und Verteilung der elektrischen Energie obliegt nach dem Verstaatlichungsgesetz ausschließlich der Ente per l'Energia Elettrica (ENEL), einer öffentlich-rechtlichen Anstalt.

Im wesentlichen entspricht die Regelung Italiens derjenigen Frankreichs.

7. Europäische Verbundwirtschaft

Eine Untersuchung, die sich mit der Integration der europäischen Stromwirtschaft beschäftigt, wäre unvollständig, beschränkte sie sich auf die Darstellung der

-
- (1) Vgl. hierzu Meysenburg ET 62, 417, sowie ET 62, 396.
 - (2) Lit.: VIK Memorandum an die Kommission vom 21.9.62, Grassetti a.a.O. siehe auch Anfrage an die EWG Kommission, Entsch. Eur. G.H.v.15.7.62 Rechtssache 6/64 Philippi ABI Nr. 121 vom 21.11.62 S. 2715
 - (3) Turin wurde von drei verschiedenen EVU, jedoch unter Vereinbarung eines Gebietskartells, versorgt,
 - (4) Gazz. Uff. vom 12.12.62 S. 1507 ff.
 - (5) Die Verstaatlichung hatte hauptsächlich politische Gründe. Sie war ein Zugeständnis der Christlichen Demokraten an die Nenni-Sozialisten, bei deren Eintritt in die Regierung im Rahmen der sog. "Öffnung nach Links". Experten halten sie für wirtschaftspolitisch verfehlt. Vgl. hierzu Bergmaier ET 62, 391

einzelnen innerstaatlichen Rechtsordnungen. Die Bemühungen um eine europäische Ordnung dieses durch eine Starrheit der Versorgungsgebiete gekennzeichneten Wirtschaftsbereiches gingen der allgemeinen europäischen wirtschaftlichen Integration in der EGKS, Euratom-Gemeinschaft und EWG um Jahre voraus (1).

Neben der 1925 gegründeten UNIPEDE (2), der Union der Stromerzeuger und Verteiler, die alle internationalen Maßnahmen von allgemeinem Interesse, die Verbesserung der Produktionsmittel sowie die Einrichtung für die Fortleitung und Verteilung von Elektrizität unterstützt, ist vor allem die Europäische Elektrizitätsunion zu nennen; In der 1951 in Paris von den jetzigen EWG-Staaten sowie Österreich und der Schweiz (3) auf Vorschlag der OEEC (4) gegründeten Vereinigung für die Koordinierung der Erzeugung und des Transports von Elektrizität (Union pour la Coordination de la Production et du Transport de l'Electricité - UCPTE,

Diese auf freiwilliger Basis unter Mitwirkung je eines Vertreters der am Verbund beteiligten Versorgungsunternehmen sowie der Regierungen gebildete Elektrizitätsunion hat den Zweck, "zur besten Ausnutzung der in den Ländern der Mitglieder bereits bestehenden oder noch zu errichtenden elektrischen Erzeugungs- und Übertragungsanlagen beizutragen" (5). Sie sucht vor allem nach Wegen zur Nutzbarmachung des Überlaufwassers (6). Sie orientiert ihre Mitglieder über die zur Verfügung stehende hydraulische Leistung, insbesondere der Speicherreserven. Ebenfalls unterrichtet sie über die möglicherweise für den Verbund verfügbare thermische Leistung. Sie schafft die technischen Voraussetzungen, um den internationalen Energieaustausch zu erleichtern. Zentrale Eingriffsbefugnisse besitzt die UCPTE nicht. Sie ist lediglich eine Betriebshilfeorganisation. Ihr Haupttätigkeitsbereich liegt in der Förderung des Energieaustausches von Ländern mit überwiegend

-
- (1) Vgl. hierzu Sardemann EW 52, 574 mit einem Überblick über die Geschichte der europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Elektrotechnik und der Elektrizitätswirtschaft seit 1906; Lehmann, Integration a. a. O.
 - (2) Vgl. hierzu Elektrizitätswirtschaft 61, 703 ff.
 - (3) Über die Verbindung mit weiteren europäischen Ländern; Klöss ET 64, 210; vgl. auch Zehnjahresbericht der OEEC a. a. O.
 - (4) Zur Vorgeschichte der UCPTE; Fleischer-Boll Elektrizitätswirtschaft 61, 44; Lehmann a. a. O. S. 29; OECD a. a. O., UCPTE Energie 61, 325.
 - (5) Art. 2 der Satzung der UCPTE.
 - (6) Das sind für die Stromerzeugung nicht genutzte Wasservorräte in Lauf- oder Speicherkraftwerken. Das Wasser läuft über, ohne durch Turbinen geleitet zu werden. Vgl. die Ausführungen der folgenden Seite. Physikalische Einheit von Erzeugung und Verbrauch.

hydraulischer Energie und solchen mit überwiegend thermischer Krafterzeugung. Außer dem vorhergesehenen "garantierten Austausch" dient der Verbund der gegenseitigen Aushilfe bei Störungen sowie dem Spitzen- und Belastungsausgleich durch gemeinsame Reservehaltung.

Die durch die Verbundwirtschaft entstandene Verbindung von Erzeugungs- und Absatzgebieten hat bisher zu einer Intensivierung des internationalen Stromaustausches nicht in dem Maße beigetragen, wie es die UCPTÉ erlaubt hätte. Der Anteil der im Verbund ausgetauschten Elektrizität am gesamten Stromverbrauch der Länder ist trotz stetigen Steigens noch unter 5 %. Die Energieüberschüsse der einzelnen Mitgliedstaaten sind durch die ständige Steigerung des Strombedarfs um jährlich etwa 10 % nur sehr gering. Gerade der steigende Strombedarf jedoch erklärt die Beibehaltung der binnenwirtschaftlichen Orientierung der Energiewirtschaft und eine relative Knappheit an Energie (1).

Die Tatsache, daß keiner der Mitgliedstaaten über einen wesentlichen Elektrizitätsüberschuß verfügt, wird eine die wirtschaftlich-technischen Besonderheiten berücksichtigende Lösung der Integrationsprobleme erleichtern. Diese Besonderheiten sind zunächst darzulegen.

II. Die technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft

Die technisch-wirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten der Elektrizitätswirtschaft sind in ungezählten Wirtschafts-, natur- und rechtswissenschaftlichen Untersuchungen abgehandelt worden (2). Die besondere Interessenlage dieses Wirtschaftsbereiches darf deshalb als bekannt vorausgesetzt werden. Soweit sie für die Problematik des Art. 90 von Bedeutung ist, sei sie in der notwendigen Kürze wiederholt.

-
- (1) Vgl. hierzu Wessels, Tagungsberichte H 11 S. 13; v. d. Groeben GWF 62, 809.
 - (2) Eiser-Riederer I S. 42; Buderath ET 62, 117; ders. Ordnungspolitik a.a.O.; Fischer EW 62, 10; Hamm FAZ 62 Nr. 143; Kohl, Volkswirtschaft 57 Beilage zu Nr. 36 S. 11; Lehmann, Integration a.a.O. S. 29 ff.; Malzer WUW 59, 780 ff.; Melchinger ET 61 4 ff.; Lilienfein EW 62, 57 ff.; Stumpf, Kommunalwirtschaft 63, 60.

1. Technische Besonderheiten

Leitungsgebundenheit

Der Transport elektrischer Energie erfolgt ausschließlich über Festleitungen. Hierzu bedarf es der Inanspruchnahme fremder Grundstücke zur unter-, bzw. überirdischen Leitungsverlegung. Die Leitungsgebundenheit bedingt eine größere Starrheit des Versorgungsgebietes als dies bei nicht leitungsgebundenen Wirtschaftsbereichen der Fall ist.

Physikalische Einheit von Erzeugung und Verbrauch

Die elektrische Energie ist nicht speicherungsfähig. Die Erzeugung der Elektrizität muß zeitlich mit deren Verbrauch zusammenfallen. Um nicht große Verluste aus nicht abzusetzendem Strom zu erleiden, haben die Versorgungsunternehmen jeweils die potentielle Nachfrage möglichst genau vorher zu berechnen. Diese Besonderheit darf indes in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden. Die verhältnismäßig genau berechenbare Nachfrage ist im sogenannten technischen Verbund jederzeit zu befriedigen. Darunter versteht man das Zusammenwirken mehrerer Kraftwerkstypen. Während Laufwasserwerke und thermische Kraftwerke den gleichbleibenden Bedarf befriedigen, können eventuelle Spitzenbedarfsmengen innerhalb kürzester Zeit von den Pumpspeicherwerken erzeugt werden. Die Speicherfähigkeit des Wassers ersetzt deshalb weitgehend die mangelnde Lagerfähigkeit der Elektrizität. Dennoch führt die Einheit von Erzeugung und Verbrauch zu einer mangelnden Anpassungselastizität der Betriebe und fördert das Streben nach einer Stabilisierung des Versorgungsbereiches.

2. Wirtschaftliche Konsequenzen

Die technischen Besonderheiten haben insbesondere wirtschaftliche Auswirkungen. Hierzu gehört insbesondere die Kapitalintensität (1) dieses Wirtschaftsbereiches aufgrund der sehr kostspieligen Erzeugungsanlagen. Noch mehr fallen allerdings

-
- (1) Die Kapitalintensität bestimmt sich nach der Umschlaggeschwindigkeit des Anlagekapitals. Sie ist bei der Elektrizitätswirtschaft $2\frac{1}{2}$ Jahre. Vergleichsweise ist sie bei den extrem arbeitsintensiven Erdarbeiten ein Monat. Vgl. hierzu Brügelmann in Handbuch für kommunale Wissenschaft und Praxis III 655; Bis 1959 war die Stromversorgung die kapitalintensivste Wirtschaft. Sie wurde jedoch von der chemischen Industrie sowie dem Maschinenbau mittlerweile eingeholt. Vgl. auch Hamm FAZ 62, Nr. 143.

die Transportkosten ins Gewicht. Sie machen 50-60 % der gesamten Kosten der Elektrizität aus.

Die Erzeugungs- und Verteilungsanlagen müssen so gebaut werden, wie es der maximale Bedarf erfordert. Dies bedingt einen hohen Anteil der Fixkosten. Sie machen 75 % der Gesamtkosten aus (1). Das Streben nach einer Erhöhung oder zumindest der Aufrechterhaltung des elektrizitätswirtschaftlichen Nutzungsgrades der kostspieligen Anlagen (Absatzgarantie) ist eine volks- wie auch betriebswirtschaftliche Notwendigkeit. Solange die Energievorräte noch relativ knapp sind (2), bedarf es eines möglichst wirtschaftlichen Einsatzes der Elektrizität. Betriebswirtschaftlich wirkt die Steigerung des Nutzungsgrades kostensenkend.

III. Die elektrizitätswirtschaftliche Zielsetzung

Um die Möglichkeiten des Wettbewerbs und den Preisregelungsmechanismus in der Elektrizitätswirtschaft beurteilen zu können, muß man sich deren besonderer Zielsetzung klar werden. In allen Mitgliedstaaten steht das Ziel, die Elektrizitätsversorgung rentabel zu gestalten - wie es einer am Gewinnmaximierungsprinzip orientierten Wirtschaftspolitik entspricht - hinter der Maxime eines möglichst wirtschaftlichen, jedermann zugute kommenden Einsatzes zurück. Wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Elektrizität für das moderne zivilisatorische Leben haben sich hierbei folgende Grundsätze ohne Rücksicht auf die wirtschaftsverfassungsrechtliche Regelung der Elektrizitätswirtschaft in den einzelnen Mitgliedstaaten für die Elektrizitätswirtschaft herausgebildet. Die Grundmaximen der Elektrizitätswirtschaft bestehen in der sicheren und billigen Versorgung (3).

-
- (1) Buderath ET 62, 121; nach Meysenburg a.a.O. sind es 60-70%; Lilienfeld EW 62, 57 beziffert die Fixkosten der Strom-Kohle-Kraftwerke mit 45 %, die der Wasserkraftwerke mit 78 %.
 - (2) Zur Energielücke : v.d. Groeben GWF 62, 809.
 - (3) Vgl. etwa Präambel z. EnWG § 2 des ital. Ges. Nr. 1643 vom 6.12.62 Gazz. Uff. 12.12.62. Siehe hierzu auch Schumacher VEnergR 7/8 S.35.

1. Sichere Versorgung

Unter Sicherheit versteht man die ununterbrochen gewährte Möglichkeit der durch das Leitungssystem Angeschlossenen, je nach Bedarf, d. h. ausreichend, Elektrizität zu beziehen. Auch bei der ungleichförmigen, tages- und jahreszeitlich schwankenden Belastung hat das EVU stets soviel Energie und solche Kapazitäten bereitzustellen, daß der maximale Bedarf jederzeit zu befriedigen ist. Das Erfordernis der sicheren Versorgung als oberstes Ziel der Elektrizitätswirtschaft ergibt sich aus der Bedeutung der Elektrizität für Haushalte und Industrie. Der zeitweilige Ausfall der Elektrizitätsversorgung brächte das moderne zivilisatorische Leben völlig in Unordnung. Der Stromausfall ist bei vielen Unternehmen gleichbedeutend mit einem Stillstand und einem totalen Ausfall der Produktion. Die der Sicherheit der Versorgung dienenden Maßnahmen sind mannigfaltiger, z. T. rein technischer Natur. Zu den für die vorliegende Untersuchung interessierenden Tatbeständen gehören etwa: der Versorgungszwang ohne Rücksicht auf die Rentabilität im Einzelfall, Betriebspflicht, Investitionsaufsicht, Bauzwang, wettbewerbsrechtliche Privilegierungen zum Zwecke der Erhaltung der Marktstellung und der gemeinsamen Reservehaltung der Unternehmen, Einschränkung des Betriebsrisikos durch Ausschaltung des Preiswettbewerbs (Absatzgarantie) (1). Den Extremfall stellt die Überführung in Gemeineigentum dar.

2. Billige Versorgung

Die technischen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft wie auch die Grundmaxime der Sicherheit der Versorgung führen zu Abweichungen gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen in der Preisgestaltung. Der billigste Strombezug ist nicht notwendig auch der sicherste. Ebenso wenig verursacht die physikalisch eindeutig bestimmbare Einheit der elektrischen Arbeit als Wirtschaftsgut jeweils gleich hohe Kosten, d. h. Kilowattstunde ist nicht Kilowattstunde (2). Billigkeit und Sicherheit der Versorgung sind voneinander abhängige Größen. Deshalb ist der Preis der Elektrizität immer auch der Preis für eine "garantierte" Leistung. Will man den Preis der Ener-

(1) "V9lkswirtschaftlich schädliche Konkurrenz", Präambel z. EnWG.

(2) Zu den Besonderheiten der Strompreisbildung: EWG Strompreisvergleich a. a. O.; Strahringer ET 62, 313; Buderath ET 62, 117; Nürck ET 62, 203; Roggendorf ET 62, 209; Eiser-Riederer III, 1; Wessels FAZ v. 28.12.62; Roller, Volkswirt 1957 Beilage zu Nr. 36 S. 18; Meysenburg ET 62, 417; Fischer EW 62, 10; Bender ET 62, 157.

gie bei gleichbleibender Sicherheit und gleichbleibenden Rohenergiekosten niedrighalten, so ist dies nur bei einem möglichst hohen Ausnutzungsgrad der Anlagen durchzuführen. Bei der Preisbildung kommt es wesentlich auf die Abnahmestruktur an (Durchmischung). So entscheiden etwa die Dauer und Menge der Annahme, die Jahres-, bzw. Tageszeit, die Versorgungsdichte etc. über den Preis. Die Inanspruchnahme des sog. Spitzenbedarfs ist aufgrund der geringeren Ausnutzung der Kapazitäten verhältnismäßig kostspielig. Die Abnehmer zu einem wirtschaftlichen Strombezug durch günstige Belieferung in den sog. Belastungstälern (1) zu veranlassen, ist somit ein legitimes Interesse der Preispolitik (2) (3). Da die preisgünstigste Versorgung nur bei möglichst gleichbleibender Abnahme und hohem Ausnutzungsgrad der Erzeugungs- und Verteilungsanlage möglich ist, sind Maßnahmen erforderlich, die diesen Anliegen Rechnung tragen. Die Unternehmen sind aber infolge der besonderen Zielsetzung der billigen Versorgung nicht am Gewinnmaximierungsprinzip als der grundlegenden Maxime der Wettbewerbswirtschaft zu orientieren, sondern haben eine optimale Bedarfsdeckung zu gewährleisten. Zu den im Rahmen dieser Untersuchung für die Gewährleistung einer preisgünstigen Versorgung interessierenden, von den marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzipien abweichenden Maßnahmen zählen beispielsweise;

- a. Die Auferlegung der Tarifflicht sowie die staatliche Preiskontrolle zur Verhinderung monopolmißbräuchlicher Preise und funktionsloser Unternehmergewinne.
- b. Wettbewerbsrechtliche Privilegierungen der Unternehmen zur Erhaltung ihres Abnehmerkreises (Absatzgarantie) und somit der optimalen Ausnutzung der Anlagen bei möglichst geringer Belastung der Preise durch kurzfristige Abschreibungen der Anlagen. (Kostendegression) (4).
- c) Zusammenarbeit von Unternehmen zur gemeinsamen Reservehaltung (Verbund).
- d. Den Extremfall für die Verwirklichung dieser Zielsetzung bildet auch hier die Überführung der Elektrizitätswirtschaft in Gemeineigentum.

-
- (1) Das sind die Tages- und Jahreszeiten, in denen der Ausnutzungsgrad der Anlagen nur relativ gering ist.
 - (2) Es wäre falsch, würde man annehmen, die Elektrizitätswirtschaft arbeite nur und jeweils nach dem Kostendeckungsprinzip.
 - (3) Zur Regelungsfunktion der Preispolitik; Nürck ET 62, 263 (264).
 - (4) Vgl. hierzu insbesondere Fischer EW 62, 10; Eiser-Riederer III 1 S. 231.

C. Wertender Teil

I. Die Elektrizitätswirtschaft als Wirtschaftsbereich des Art. 90 II

Die Prüfung der Frage, ob die Elektrizitätswirtschaft unter die Vorschrift des Art. 90 II fällt, ist nach der Systematik der Vorschrift in zwei Teile zu untergliedern : Zunächst, und zwar für sämtliche Rechtsordnungen gleich, ist das Vorliegen der materiellen Kriterien, Erbringung von Dienstleistungen, allgemeines wirtschaftliches Interesse, sowie Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe zu unterscheiden. Die Beurteilung der Betrauungsverhältnisse hat an das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten anzuknüpfen. Hierbei ist somit für jede nationale Rechtsordnung getrennt zu prüfen.

1. Die Materiellen Tatbestandsmerkmale

Die Elektrizitätsversorgung befaßt sich bei der als richtig erkannten weiten Auslegung des Dienstleistungsbegriffs mit der Erbringung von Dienstleistungen (1). Die Elektrizität ist nach funktionaler, nicht physikalischer Betrachtung "Sache", "Ware" (2).

Die Kriterien des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses im Sinne des Art. 90 II waren :

- a. Besondere wirtschaftliche Bedeutung der Dienstleistungen
- b. Geschützte Marktstellung, Monopol tendenz
- c. Undurchführbarkeit des vollkommenen Wettbewerbs
- d. Interesse der Allgemeinheit an einer gemeinsamen Bedarfsdeckung.

zu a. Bei dem gemeinsamen Stand der Zivilisation in den verschiedenen Mitgliedstaaten ist die elektrische Energie zur Deckung des täglichen Bedarfs unentbehrlich. Dies gilt insbesondere für die Elektrizität, die der Bereitstellung von Nutzenergien wie Licht, Rundfunk und Fernsehen dient. Auch als Wärme- und Kraftenergie ist die Elektrizität heute für den Einzelnen unersetzlich. Mag eine

(1) Amtl. Erl. d. Bundesregierung zu Art. 90; Günther WUW 57, 89; Schumacher a. a. O. S. 35; Obernolte EuroWi 60, 242; Deringer Rdn. 71 zu Art. 90; Everling A4 zu Art. 90; Francescelli a. a. O. 10; Drago a. a. O. S. 3; a. A. Malzer WUW 63, 205; Kritisch auch Fischerhof BB 62, 785.

(2) Vgl. Malzer WUW 63, 214.

Substitution auf dem Wärmemarkt durch Kohle, Gas oder Öl zwar in Betracht kommen, als Licht- und Kraftenergie ist die Elektrizität zum Teil überhaupt nicht, zum Teil nicht kurzfristig zumutbar, funktionell auszutauschen (1).

Die Nachfrage der Haushalte ist auf allen Teilmärkten fast völlig unelastisch, da die Energiekosten gegenüber der Anschaffungskosten der Geräte kaum ins Gewicht fallen (2).

Von gleicher Wichtigkeit ist die elektrische Energie für die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft. Die weitgehend automatisierte Produktion ist von der ordentlichen Versorgung mit Elektrizität abhängig. Der technische Fortschritt durch die immer weiter voranschreitenden Rationalisierungsmaßnahmen, d. h. die Ersetzung der Arbeitskraft durch Maschinenleistung geht Hand in Hand mit einer Steigerung des Energiebedarfs. Umsomehr gewinnt aber die Elektrizität Bedeutung als Kostenfaktor der Industrie. Die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft ist deshalb abhängig von der Leistungsfähigkeit der Elektrizitätsversorgung. Der zeitweilige Ausfall der Elektrizität würde für viele Unternehmen einen völligen Stillstand der Produktion bedeuten.

zu b. Die Darstellung der einzelnen Elektrizitätsrechte zeigte mit einer gewissen Ausnahme von Belgien (3) eine monopolistische Marktverfassung. Dabei ergeben sich lediglich Unterschiede in der Konzentration: Während in einigen Mitgliedsstaaten (Frankreich, Italien, Luxemburg) die Elektrizitätsversorgung einem einzigen Unternehmen obliegt, besteht in Deutschland und den Niederlanden, zum Teil auch in Belgien eine regionale Zersplitterung, jedoch bei in sich fest abgegrenzten Absatzgebieten.

Die Monopol Tendenz der Elektrizitätswirtschaft zeigt sich in Übereinstimmung mit der Betrachtungsweise der amerikanischen Public Utility Regulation (4) vor allem aus der Starrheit der Leitungssysteme und der damit verbundenen Ortsgebundenheit (Entfernung als Kostenbarriere), sowie der erhöhten Bau- und Unterhaltungskosten (Markteintrittskosten).

-
- (1) Auf dem Wärme- und Kraftmarkt unterliegt die Elektrizität insbesondere in der Industrie einem scharfen Substitutionswettbewerb, dessen Bedeutung von den Befürwortern eines direkten Wettbewerbs in der Regel viel zu gering eingeschätzt wird.
 - (2) Siehe hierzu Nürck ET 62, 267; Eiser-Riederer III S. 1; dies erkennt Schumacher a. a. O. S. 37.
 - (3) Auch die belgische Elektrizitätswirtschaft ist von dem Leitbild des freien Wettbewerbs weit entfernt. Sie trägt den Charakter eines Angebotsoligopols.
 - (4) Haussmann, Die Öffentliche Hand S. 23.

Auch die Tatsache, daß in keinem der Mitgliedstaaten Wettbewerbsfreiheit herrscht, ist ein Indiz für die Undurchführbarkeit des freien Wettbewerbs. Vereinzelt (1) wird die Ansicht vertreten, die Elektrizitätswirtschaft habe aufgrund des scharfen Substitutionswettbewerbs (2) von Kohle, Gas und Heizöl zumindest auf dem Wärme- und Kraftmarkt keine Monopolstellung inne. Dem ist nur bedingt zuzustimmen. In der Regel sind die Wahlmöglichkeiten des Abnehmers von Elektrizität sehr beschränkt, da die Verwendung der Elektrizität kostspielige technische Einrichtungen erfordert. So wird der Haushalt nur in seltenen Fällen etwa von elektrischer Heizung auf Ölheizung übergehen, weil die wirtschaftlichen Vorteile des Bezuges des Substitutionsgutes sehr erhöhte Aufwendungen für die technische Umstellung erfordern (3) und somit keine echte Alternative bilden. (Geringe Anpassungselastizität). Die Beurteilung der Marktstellung hat sich auf den relevanten Markt zu beziehen. Aus der Tatsache, daß die EVU in einem regional begrenzten Gebiet nicht dem Wettbewerb anderer Versorgungsunternehmen unterliegen, ergibt ihre marktbeherrschende Stellung (4).

zu c. Nur für solche Unternehmen kommt die Anwendung der Legalausnahme des Art. 90 II in Betracht, in denen die Statuierung der Wettbewerbsfreiheit nicht das Marktgleichgewicht herzustellen vermöchte. Der Schaffung eines Systems des vollkommenen Wettbewerbs mit der hierzu notwendigen Vielzahl von Anbietern und Nachfragern stehen, wie zu zeigen war, die hohen Markteintrittskosten der Erzeugung, vor allem aber der Fortleitung und Verteilung entgegen. Dies bedeutet nicht, daß sich im Einzelfall nicht die Kostenvorteile der Produktion zu Wettbewerbsvorteilen bei der Versorgung auswirken könnten. Entscheidend sind jedoch auch die Auswirkungen der Wettbewerbsfreiheit auf die Gesamtheit der Versorgung.

zu d. Wie im I. Hauptteil (5) zu zeigen war, ist die Anwendbarkeit von Vorschriften über die Wettbewerbsfreiheit und den Schutz der Monopolstellung ein Widerspruch in sich, denn sie verstieße gegen den Grundsatz der Chancengleichheit (*par condition concurrentium*).

-
- (1) Vgl. etwa Vos ET 63, 326; Buderath ET 62, 119.
 - (2) Darunter versteht man das Angebot solcher Güter, durch die ein bestimmter Bedarf in anderer Weise als durch die primär nachgefragten von den bestimmten Unternehmen angebotenen Gütern befriedigt werden kann. Vgl. hierzu Bartholomeyczik, Gemeinschaftskomm. § 22 A 22; Wessels Volkswirt 57 Beilage zu Nr. 36 S. 8 ("alle Merkmale eines Monopols"); Fischerhof BB 59, 328; Melchinger ET 51, 4 f.
 - (3) Vgl. hierzu Ballerstedt VEnergR 5 S. 12 ff.
 - (4) Vgl. Ballerstedt a. a. O.; Beck VEnergR 5, 77.
 - (5) Siehe oben I. Teil B II.

Der Wettbewerb als Alternative zu der monopolistischen Marktverfassung setzte somit eine Beseitigung sämtlicher Sonderpflichten der Unternehmen voraus. Dazu gehörte auch das Recht der Versorgungsunternehmen, um im Wettbewerb um die Belieferung von Großabnehmern leistungsfähig zu bleiben, in dünnbesiedelten Gebieten vergleichsweise weniger rentable Versorgungsleistungen zu versagen.

Wegen der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung der Elektrizität für das moderne zivilisatorische Leben muß die Verfügungsgewalt der Versorgungsunternehmen zugunsten einer sicheren und billigen Versorgung aller Nachfrager in den einzelnen Versorgungsgebieten eingeschränkt werden. Der Verlust von Abnehmern im Wege des Wettbewerbs führte andererseits zu einer geringeren Ausnutzung der Anlagen, was sich bei der Höhe der Fixkosten entweder auf die Sicherheit der Versorgung oder den Preis auswirken müßte. Wenn Schumacher (1) glaubt, neue Leitungen würden im freien Wettbewerb nur dann gebaut, wenn ein Verbraucher "wirklich besser und billiger beliefert werden" könne und von dieser Gelegenheit Gebrauch machen wolle, so verkennt er, daß die Verringerung der Versorgungsdichte der einzelnen Unternehmen zu einer Verteuerung der Stromversorgung führen würde. Die Voraussetzungen einer billigen Versorgung liegen in der günstigen Abnahmestruktur: je größer das Versorgungsgebiet und je vielseitiger die Entnahmecharakteristik ist, desto mehr nähert sie sich einem konstanten Verbrauch und somit einer optimalen Ausnutzung der Anlagen. Die Elektrizitätsversorgung ist somit ein typischer Wirtschaftsbereich, bei dem die Allgemeinheit ein Interesse an der kollektiven Bedarfsdeckung hat, gegenüber der die Interessen einzelner Sonderabnehmer zurückzutreten haben.

1. Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe

Eine Entscheidung, wann eine Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe vorliegt, d. h. wann die Nichtanwendung von Vertragsregeln unerlässlich ist, läßt sich auch für die Elektrizitätswirtschaft generell nicht treffen. Es kommt vielmehr im Einzelfall auf den jeweiligen Inhalt der Vertragsverletzung und deren Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt an (2). Eines haben die vorstehenden Ausführungen jedoch deutlich ergeben: Der Wettbewerb um die Versorgung desselben Gebiets durch mehrere Versorgungsunternehmen beseitigte die Monopolstellung der EVU und somit die Voraussetzung deren besonderer Aufgabe. Maßnahmen, die der Erhaltung der Marktstellung und der Verhinderung paralleler Endversorgung dienen, sind somit zur Erfüllung der besonderen Aufgabe unerlässlich.

(1) a. a. O. S. 38.

(2) Dies ist unter III zu untersuchen.

2. Das Betrauungsverhältnis

Die Darstellung der einzelnen Elektrizitätsrechte hat gezeigt, daß in keinem der EWG-Mitgliedstaaten freier Wettbewerb auf diesem Gebiet herrscht, sondern energiewirtschaftspolitische Ziele, wie der möglichst wirtschaftliche Einsatz der Energie und die optimale Bewältigung der Versorgungsaufgabe den Vorrang haben vor der Verfolgung von Zielen der Gewinnmaximierung, wie sie charakteristisch für die liberalistische Ordnung sind. Entscheidend für die Annahme eines Betrauungsverhältnisses in Art. 90 II war die Beschränkung der Entstehung, bzw. Betätigung weiterer Unternehmen durch die öffentliche Verwaltung, bzw. durch die Unternehmen selbst kraft wettbewerbsrechtlicher Privilegierung. Der Form dieser Eingriffe kommt weniger Bedeutung zu (1).

Unproblematisch ist das Betrauungsverhältnis bei der Elektrizitätswirtschaft Frankreichs und Italiens, wo durch die Nationalisierungsgesetze die Stromerzeugung, Fortleitung und Verteilung staatlichen Monopolunternehmen übertragen ist. Ähnliches gilt für die in Gesetzesform bestätigten Verträge des luxemburgischen Staates mit den Gesellschaften Sotel und Cegedel.

Bei der niederländischen Elektrizitätswirtschaft ist das Betrauungsverhältnis in der ausschließlichen Verfügung über das Leitungsverlegungsrecht sowie der Widerruflichkeit von Konzessionen zugunsten der Provinzialunternehmen zu sehen.

Das deutsche Energiewirtschaftsgesetz spricht ausdrücklich von den "Versorgungsaufgaben" der Unternehmen (2). Anschluß- und Versorgungspflicht der Unternehmen sowie die Eingriffe des EnWG zur Gewährleistung einer sicheren und preisgünstigen Versorgung der Allgemeinheit deuten auf ein Betrauungsverhältnis hin (3), zumal da die Pflichten der Unternehmen nach der Präambel des EnWG "volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs verhindern" sollen. Für die Annahme eines Betrauungsverhältnisses im Sinne des Art. 90 II würde aber neben der "gesetzlichen Indienststellung" der Elektrizitätswirtschaft durch das EnWG (4) auch die wettbewerbsrechtliche Privilegierung der Versorgungswirtschaft nach § 103 f. GWB ausreichen.

Die belgische Versorgung der Kategorie A ist kraft Gesetzes monopolistisch durchzuführen. Schwierigkeit scheint die Annahme eines Betrauungsverhältnisses in Belgien nur für die Versorgung der Kategorie B zu bereiten. Zwar besteht ein Anspruch auf Erteilung der Leitungsverlegungsrechte, in Wirklichkeit ist aber auch Belgien

(1) Siehe oben I. Teil A IV 2.

(2) § 8 I EnWG.

(3) Eiser-Riederer II S. 79.

(4) Forsthoff, Lehrbuch S. 324.

weit von einer marktwirtschaftlichen Ordnung entfernt.

Die Tatsache, daß die belgische Elektrizitätswirtschaft in einer Verbundgesellschaft sehr eng zusammenarbeitet und der staatlichen Aufsicht unterliegt, zeigt, daß kein unbehinderter Wettbewerb herrscht. Dabei ist auch die im Elt. V. G. vorgesehene Ausgleichsabgabe für den Verlust von Abnehmern nicht mit den Grundsätzen der marktwirtschaftlichen Ordnung zu vereinbaren. Die Elektrizitätswirtschaft sämtlicher Mitgliedstaaten der Gemeinschaft erfüllt somit die an die Unternehmen gestellten Voraussetzungen des Betrauungsverhältnisses im Sinne des Art. 90 II.

3. Zusammenfassung

Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen : Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen sind Dienstleistungsunternehmen im Sinne des Art. 90 II EWGV. Zu deren spezifischer Aufgabe gehört die Pflicht der sicheren und billigen Stromversorgung der Allgemeinheit. Hierzu ist die Aufrechterhaltung der monopolistischen Marktform unerläßliche Voraussetzung. Sie ist in sämtlichen Mitgliedstaaten rechtlich gesichert.

Das Interesse der Allgemeinheit an einer geschlossenen Bedarfsdeckung durch ein Unternehmen ergibt sich aus den besonderen wirtschaftlich-technischen Gesetzmäßigkeiten, die eine billige Versorgung bei angemessener Sicherheit nur bei möglichst gleichbleibender Ausnutzung der Erzeugungs- und Fortleitungsanlagen zuläßt.

Der direkte Wettbewerb von Unternehmen durch parallele Leitungsverlegung zum Zwecke der Endversorgung desselben Gebiets stellte einen Fall der Verhinderung der Erfüllung der besonderen Aufgabe im Sinne des Art. 90 II dar, d. h. die Einschränkung des Wettbewerbs ist zur Erfüllung der besonderen Aufgabe unerläßlich. Die auf die Aufrechterhaltung der Marktstellung der EVU gerichteten staatlichen oder unternehmerischen Maßnahmen sind somit vom EWGV sanktioniert. Soweit sie den zwischenstaatlichen Handelsverkehr betreffen, sind sie gemäß Art. 90 II zulässig.

II. Die wettbewerbsrechtliche Wertung der privilegierten Verträge der deutschen Versorgungswirtschaft (1)

Das deutsche GWB hat für die Versorgungswirtschaft im § 103 I GWB eine Bereichs-

(1) Vgl. hierzu Gemeinschaftskomm. S. 1149 ff.

ausnahme für Konzessions-, Demarkations- und Verbundverträge (1) geschaffen. Über die Zulässigkeit dieser Verträge auf Gemeinschaftsebene ist eine lebhafte Diskussion im Gange (2). Ob und inwieweit es bei der rechtlichen Beurteilung dieser Verträge auf Art. 90 II ankommt, ist im folgenden zu untersuchen.

1. Die Demarkationsabrede (3)

Eine Sicherung des Versorgungsgebietes, wie es in den Ländern nationalisierter Elektrizitätswirtschaft kraft Gesetzes besteht, wird in Deutschland durch sog. Demarkationsabreden (4) (5) herbeigeführt. Das GWB (6) definiert sie wie folgt :

"Verträge von Unternehmen der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser (Versorgungsunternehmen) mit anderen Versorgungsunternehmen oder mit Gebietskörperschaften, soweit sich durch sie ein Vertragsberechtigter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Versorgung über feste Leitungswege mit Elektrizität, Gas oder Wasser zu unterlassen".

Bei diesen das Gebiet der Bundesrepublik fast lückenlos erfassenden Gebietsschutzverträgen besteht die Möglichkeit, nach dem Auslaufen der bestehenden Lieferverträge, zum günstigeren Angebot zu greifen (7). Es wäre nach dem Wettbewerbs-

-
- (1) Die Verträge des § 103 I Nr. 3 können in diesem Zusammenhang außer Acht bleiben, da ihnen zwischenstaatliche Wirkung offensichtlich nicht zukommt.
 - (2) Scheuten ET 62, 123; Fischerhof BB 62, 783; Schumacher VEnergR 7/8, 25; Körfer-Malzer a. a. O. S. 94 ff.; Malzer WUW 63, 203.
Die ausländische energiewirtschaftliche Spezialliteratur hat bisher noch keinen Anlaß gesehen, zu den Problemen des Art. 90 II Stellung zu nehmen.
 - (3) § 103 Abs. I Nr. 1 GWB.
 - (4) Auch Demarkationsvertrag genannt; in der Regel ist die Demarkation nur eine unselbständige Nebenabrede im Rahmen eines umfassenden Vertrags, weshalb sich der Ausdruck Abrede eingebürgert hat. Sie hierzu Beck a. a. O. S. 63; Vetter EW 63, 645.
 - (5) Die allgemeine Problematik der Auslegung des § 103 Abs. I Nr. 1 wird als bekannt vorausgesetzt. Vgl. insbes. die grundlegende Untersuchung von Beck VEnergR 7/8 S. 61 sowie Fischerhof BB 58, 135.
 - (6) § 103 Abs. I Nr. 1 GWB.
 - (7) Halstenberg ZfK 62, Nr. 99.

recht in der Regel mißbräuchlich, würde dem Belieferten der Zugang zur wesentlich günstigeren Versorgung versperrt. Insbesondere darf der Gebietsschutz nicht eine Bestandsgarantie für unwirtschaftliche Unternehmen schaffen (1).

Die Demarkationsabrede ist nach dem deutschen GWB ein Kartell. Gemäß Art. 85 I EWGV ist sie eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine Verhinderung des Wettbewerbs bewirkt, denn sie enthält eine Aufteilung der Markt- und Versorgungsquellen. Fraglich ist allerdings, ob Demarkationsabreden geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Der Vertrag greift in das Recht der Mitgliedstaaten nicht ein, solange die Wirkung von Vereinbarungen auf den innerstaatlichen Bereich beschränkt ist (2). Nur soweit der Handel zwischen mindestens zwei Mitgliedstaaten aufgeteilt wird, ist er wettbewerbsrechtlich relevant.

Bisher sind keine Fälle bekannt geworden, in denen deutsche Unternehmen sich gegenseitig oder gegenüber ausländischen Unternehmen verpflichteten, Versorgungsleistungen in anderen Mitgliedstaaten zu unterlassen. Was den deutschen Markt betrifft, so wirken derartige Abreden als schulrechtliche Verträge nur zwischen den Partnern : Ausländische Unternehmen werden weder an der Erbringung von Versorgungsleistungen gehindert, noch vom Bezug derselben ausgeschlossen.

Der vertragliche Gebietsschutz betrifft lediglich lokale Abgrenzungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und ist somit nach dem Kartellrecht des EWGV nicht relevant (3).

2. Der Konzessionsvertrag (4)

Wollte ein ausländisches Versorgungsunternehmen in Deutschland Versorgungsleistungen an Dritte erbringen, so sieht es sich in der Regel durch das in Konzessionsverträgen der Gemeinden mit den Versorgungsunternehmen eingeräumte ausschließliche Leitungsverlegungsrecht daran gehindert. § 103 GWB unterwirft die Konzessionsverträge der Mißbrauchsaufsicht. Kraft gesetzlicher Regelung gilt die Einräu-

(1) Zu den Ausnahmen : Halstenberg a. a. O.

(2) Thiesing in Groeben-Boeckh A 5 zu Art. 85; Baumbach-Hefermehl Rdn. 10-13 zu Art. 85; Fischerhof BB 62, 783; Frankf. Komm. Art. 85 Vorbem. 8, 9, 12; Sölter WUV 61, 665.

(3) Im Ergebnis übereinstimmend : Schumacher VEnergR 7/8 S. 42; Scheuten ET 62, 123 f.; VIK v. 6. 8. 62 S. 5; Vetter EW 63, 645.

(4) Ausdruck von Crome ACP 115, 1 ff. Vgl. § 103 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

mung des ausschließlichen Leitungsverlegungsrechts durch die Gemeinde als unternehmerische Betätigung.

Entscheidend hierfür dürfte die traditionelle privatrechtliche Ausgestaltung dieses Vertragstypus gewesen sein (1). Ob die gesetzliche Regelung des § 103 GWB die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft der Gemeinden im Rahmen des EWGV präjudiziert, ist bisher nicht endgültig geklärt (2).

Ein Teil der Literatur (3) versucht aus dem Verzicht der Gemeinden auf die Erbringung von Versorgungsleistungen auf deren mangelnde Unternehmenseigenschaft zu schließen, während andere Autoren (4) im Hinblick auf die Regelung des § 103 GWB sowie die mit der Konzessionserteilung verbundene wirtschaftliche Ausnutzung des Wegeeigentums durch Erhebung von Konzessionsabgaben die Gemeinden als Unternehmen behandeln. Nach ihrer Ansicht ist der Abschluß eines Konzessionsvertrags eine selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit. Dabei kommt es nicht auf deren Rechtsform und die Absicht der Gewinnerzielung an (5).

Ebenso wie die Unternehmenseigenschaft nicht bereits entfällt, wenn ein Unternehmen die betriebliche Tätigkeit durch Verpachten der Betriebsstätten einstellt, ist der vertragliche Verzicht auf wirtschaftliche Betätigung kein sicheres Indiz gegen die Unternehmenseigenschaft. Die vertragliche Gewährleistung der Erbringung von Versorgungsleistungen durch die Gemeinden kann somit auch als unternehmerische Betätigung gelten. Auch die Tatsache, daß den Gemeinden öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeit zukommt, hindert - wie sich aus Art. 90 I EWGV ergibt - nicht deren Unternehmenseigenschaft. Die Gemeinden unterliegen beim Abschluß der Konzessionsverträge unbeschadet deren privatrechtlichen Charakters öffentlich-rechtlichen Bindungen. So setzt etwa der in § 6 EnWG den Versorgungsunternehmen auferlegte Anschluß- und Versorgungszwang ein ausschließliches Leitungsverlegungsrecht voraus. Wäre das Leitungsverlegungsrecht unter mehrere miteinander konkurrierende Unternehmen verteilt, so bedürfte es eines Anschlußzwanges nicht. Würde dieser nur einem von mehreren Konkurrenten auferlegt, so verstieße dies gegen den

(1) Vgl. Fischerhof DÖV 57, 305; ders. BB 58, 136; Ballerstedt VEnergR 1/2 S. 10 ff. Vgl. Stern AöR 8, 137; Maunz Rechtsgutachten a. a. O.; a. A. Friesenhahn EW 57, 17.

(2) Vgl. Bonner Kartellrechtsdiskussion a. a. O. S. 6 ff.

(3) Schumacher VEnergR 7/8 S. 40; Scheuten a. a. O. S. 124.

(4) Malzer WUW 63, 203 mit weit. Nachweisen.

(5) Tätigkeitsbericht der EWG Kommission 1961 S. 61 (2). Zum Unternehmensbegriff: Deringer Rdn. 6 ff. in Art. 85; 18 ff zu Art. 90.

Grundsatz der Chancengleichheit (par conditio concurrentium).

Eine weitere Bindung der Gemeinden sehen die Gemeindeordnungen vor. So darf die Gemeinde, etwa gemäß § 90 GO Baden-Württemberg (1) nur abschließen, soweit "die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind". Aufgrund dieser Vorschrift sind die Gemeinden häufig daran gehindert, selbst Versorgungsleistungen zu erbringen, denn die Erstellung der Anlagen läge jenseits deren finanziellen Leistungsvermögens. Auch steht es den Gemeinden nicht frei, mehreren Unternehmen Leitungsverlegungsrechte zur Endversorgung zu erteilen. Dies verhinderte - wie zu zeigen war - die wirtschaftlichste und sicherste Verteilung (2) und liefe somit den Interessen der Einwohner zuwider.

Aus den dargelegten öffentlich-rechtlichen Bindungen läßt sich die Ablehnung der Unternehmenseigenschaft der Gemeinden nicht rechtfertigen, denn der Abschluß eines Konzessionsvertrages ist eine wirtschaftliche Betätigung, bei dem die Gemeinden zumindest in der Auswahl ihres Vertragspartners selbständig sind. Die Gemeinden sind somit entsprechend der Regelung des § 103 GWB beim Abschluß von Konzessionsverträgen als Unternehmen tätig, zumal da sie ihr Wege-recht durch die Erhebung von Konzessionsabgaben wirtschaftlich nutzen. Der Konzessionsvertrag beschränkt sich naturgemäß nur auf das Gebiet einer Gemeinde. Fraglich ist deshalb, ob dieser den "Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet" ist und "eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt."

In der Regel betreffen die Konzessionsverträge lokale Abgrenzungen innerhalb der Bundesrepublik. Bei ihrem Abschluß war eine zwischenstaatliche Marktabgrenzung nicht Vertragsziel, sondern lediglich mittelbare Folge (3). Ob sich daraus die Nichtanwendbarkeit des Art. 85 I folgern läßt (4), erscheint sehr zweifelhaft, denn es genügt bereits, daß eine Einschränkung des Wettbewerbs "bewirkt" wird. Eine Unterscheidung von mittelbaren und unmittelbaren Auswirkungen ist deshalb undurchführbar. Entscheidend ist allein, daß ein ausländisches Unternehmen an der Erbringung von Leistungen zur Endversorgung gehindert ist. Diese Wirkung des Konzessionsvertrages läßt sich zumindest in grenznahen Gebieten nicht leugnen (5).

(1) GO v. 25. 7. 55 G. Bl. Bad. -Württ. S. 129 ff.

(2) Siehe oben S. 64 ff.

(3) Schumacher a. a. O.

(4) Schumacher a. a. O.; a. A. Scheuten ET 62, 128; Malzer WUV 63, 203.

(5) Vgl. Bonner Kartellrechtsdiskussion Manuskript S. 6. In grenzfernen Gebieten wird das Interesse ausländischer Unternehmen an der Erbringung von Versorgungsleistungen wegen der hohen Kosten entfallen. Mit fortschreitender Verflechtung wird allerdings die Grenznähe eines Gebietes an Bedeutung verlieren (Günther WUV 57, 280; Everling A 4 zu Art. 85, Deringer Rdn. 38 zu Art. 85). Auf eine dynamische, wenn auch das Moment der Rechtsunsicherheit in sich bergende Betrachtungsweise kann somit nicht verzichtet werden.

Ist somit Art. 85 I auf einen Teil der Konzessionsverträge anwendbar, so bleibt die Möglichkeit des Eingreifens der Legalausnahme des Art. 90 II. Nach den Ergebnissen der Auslegung dieser Vorschrift ist es entscheidend, ob der vertragliche Ausschluß des Wettbewerbs zur Erfüllung der besonderen Aufgabe der Elektrizitätsversorgungsunternehmen unerläßlich ist.

Die besondere Aufgabe gegenüber der Allgemeinheit als einer offenen Gemeinschaft besteht bei der Elektrizitätswirtschaft in der Verpflichtung, jedermann sicher und preisgünstig (billig) zu versorgen. Dieser Verpflichtung kann das Versorgungsunternehmen dann nicht mehr nachkommen, wenn es dem Wettbewerb anderer Unternehmen unterläge, die Leistungen an gewisse Sonderabnehmer ohne einer allgemeinen Versorgungspflicht zu unterliegen im Einzelfall billiger erbringen könnten. Hält man jedoch an einer allgemeinen Versorgungspflicht fest, wie dies Art. 90 II vorsieht, so ist ein Schutz der Marktstellung unerläßlich. Die Nichtanwendbarkeit des Art. 85 I auf Konzessionsverträge folgt somit aus Art. 90 II.

3. Verbundverträge (1)

In Deutschland, aber auch in Belgien und in den Niederlanden, wo die Elektrizitätsversorgung für das Land nicht einem, sondern mehreren Unternehmen obliegt, arbeiten diese in nationalen Verbundgesellschaften zusammen (2). § 103 I Nr. 4 GWB definiert die Verbundverträge als Verträge zwischen Versorgungsunternehmen, die zu einem gemeinsamen Zwecke abgeschlossen sind, "bestimmte Versorgungsleitungen über feste Leitungswege ausschließlich einem oder mehreren Versorgungsunternehmen zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen" (3).

Verpflichtet sich ein Unternehmen gegenüber einem oder mehreren anderen Unternehmen zur bevorzugten Abnahme oder Zulieferung von im einzelnen noch nicht bestimmbar Energiemengen, so wird der Bedarf grundsätzlich nicht bei den Unternehmen gedeckt, die im Einzelfall das günstigste Angebot zu machen in der Lage

(1) § 103 Abs. 1 Nr. 4 GWB.

(2) Über die Elektrizitätswirtschaftliche Bedeutung des Verbundes, Denzel ET 63, 321; Lehmann a. a. O.; siehe auch oben II. Teil B 1 7.

(3) Verträge über sog. "garantierte Leistungen", d. h. die Lieferung bestimmter Mengen zu einer bestimmten Zeit im Verbund sind Austauschverträge, die keine Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Vgl. Schumacher a. a. O. S. 41 Fußn. 40.

sind. Für die nicht der Verbundgesellschaft angehörenden Unternehmen bedeutet dies eine Einschränkung der Marktchancen. Der Verbundvertrag ist somit eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die den Wettbewerb zu beeinträchtigen geeignet sind.

Fraglich ist, ob Verbundverträge den zwischenstaatlichen Handel betreffen. Bei der Entscheidung dieser Frage kommt es darauf an, ob Unternehmen nur aus einem oder aus mehreren Mitgliedstaaten beteiligt sind.

a. Nationaler Verbund

Eines der schwierigsten Probleme des Art. 85 gibt die Abgrenzung des Verhältnisses zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten durch den Begriff "beeinträchtigen" auf (1). Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Unternehmen sind solange nach dem Wettbewerbsrecht des Vertrages irrelevant, als die Wirkungen auf den innerstaatlichen Handelsverkehr beschränkt sind. Die Tatsache, daß nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat an einem Kartell beteiligt sind, reicht für sich noch nicht aus, um ihre Wirkung auf den zwischenstaatlichen Handel abzuspitzen. Es kann den zwischenstaatlichen Austausch von Dienstleistungen auch dann beeinträchtigen, wenn ein solcher noch nicht besteht, seine Entwicklung aber dadurch behindert wird. Der Vertrag strebt einen unbehinderten, nicht aber einen maximalen Austausch von Gütern an (2). Sinn des Vertrags kann es auch nicht sein, jede noch so unbedeutende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu verbieten. Hierüber besteht in der Literatur Einigkeit, wenn sich auch noch keine allgemein anerkannten einwandfrei justiziablen Abgrenzungskriterien herausgebildet haben :

Schumacher (3) schlägt vor, die nur mittelbaren Auswirkungen eines Kartells auf den zwischenstaatlichen Handel außer Acht zu lassen. Indes werden die Schwierigkeiten der Abgrenzung von unmittelbaren und nur mittelbaren Auswirkungen nicht beseitigt. Schumacher schlägt vor, den Gedanken der Adäquanztheorie heranzuziehen, wie sie im deutschen Zivilrecht entwickelt wurde (4). Danach fielen nur

(1) Vgl. hierzu Baumbach-Hefermehl A13 zu Art. 85; Everling A4 f. zur Art. 85; Deringer Rdn. 40 zu Art. 85, ders. WUW 62, 82; Frankf. Komm. Vorbem. 8 ff. zu Art. 85; Fischerhof BB 62, 783; Malzer WUW 63, 205.

(2) Baumbach-Hefermehl A13, Everling A4; Deringer Rdn. 40 jeweils zur Art. 85; Schumacher a. a. O. S. 32.

(3) a. a. O. S. 33.

(4) Die adäquate Kausaltheorie stellt darauf ab, ob nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein schädlicher Erfolg als möglich zu erwarten war oder ob er außerhalb aller menschlicher Lebenserfahrung liegt bzw. ob ein Kausalverlauf vom Handelnden vernünftigerweise als nicht mehr beherrscht anzusehen ist. Man beachte die Parallele zur angloamerikanischen Rule of Reason. Hierzu oben

diejenigen Verhaltensweisen unter das Verbot, deren Auswirkungen nach der Lebenserfahrung auf das Kartell zurückzuführen sind. Gleiss-Hirsch (1) betrachten in Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht die sog. "remote effects" als unbeachtlich. Wie Lagrange (2) stellen die Autoren im übrigen auf die "Spürbarkeit" der ungünstigen Beeinflussung des Handelsverkehrs ab. Vom Schutzobjekt des freien Wettbewerbs ausgehend, hält Deringer (3) Kartelle nur dann geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn der Warenstrom von seinem natürlichen Wege künstlich abgelenkt wird. Die theoretisch ganz entfernte Möglichkeit der Belieferung durch ausländische Unternehmen ist danach auszuschließen (4).

Die Auswirkungen der Verbundverträge auf den zwischenstaatlichen Markt zu beurteilen, unterliegt deshalb Schwierigkeiten, weil bisher weder innerstaatlich noch zwischenstaatlich Wettbewerb besteht. So lassen sich nicht ohne weiteres der "natürliche Weg des Warenstroms" oder "geringfügige", "entfernte" und "wenig spürbare" Auswirkungen in der Elektrizitätswirtschaft feststellen. Die Leitungsgebundenheit bedingt eine Starrheit der Märkte und läßt eine dem Warenverkehr vergleichbare zwischenstaatliche Verflechtung nicht zu. Bei den Verbundverträgen mit ausschließlicher Beteiligung innerstaatlicher Unternehmen erscheint es für die Bestimmung der beeinträchtigenden Wirkung von besonderer Bedeutung, deren Zweckbestimmung zu berücksichtigen.

Die nationalen Verbundverträge haben nicht das Ziel, den nationalen Markt von der ausländischen Konkurrenz abzuschirmen (5). Es handelt sich vielmehr um eine der Verwirklichung der energiewirtschaftlichen Zielsetzung dienende Regelung. Wie der Konzessionsvertrag, bewirkt die nationale Verbundvertrag zwar eine mittelbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs. Diese Tatsache ist jedoch nicht entscheidend für den Abschluß eines solchen Vertrags.

Der wirtschaftlich der Zusammenarbeit im nationalen Verbund entsprechende Tatbestand ist der der Zusammenfassung der Produktionsmittel in einer Hand (6). Wie die Verbundwirtschaft hat auch die Nationalisierung oder Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft nicht den Zweck, den zwischenstaatlichen Stromaustausch zu

I. Teil C III 1 b. - Zur adäquaten Kausalität: Schmidt bei Soergel-Siebert Rdn. 21 zu § 249 BGB; Larenz, Schuldrecht I 5. Aufl. § 14 S. 149; Staudinger-Werner Vorbem. 36 vor § 249 BGB. BGHZ, 2, 139; 7, 198.

(1) a. a. O. A 25 zu Art. 85.

(2) Siehe Bosch-fall Eu. G. H. 13/61 Ger. Hof. Eur. Gem. 13/61

(3) Rdn. 40 zu Art. 85.

(4) So auch Schumacher a. a. O. S. 33 "geringfügige Auswirkungen"; Malzer WUW 63, 205, konkrete, nicht aber hypothetische Beeinträchtigungen; Vgl. auch Kronstein BB 62, 1300.

(5) Dies zeigt etwa die gleichzeitige Beteiligung einzelner Unternehmen am nationalen und am internationalen Verbund.

(6) Vgl. die Regelungen in Frankreich, Italien, Luxemburg.

beeinträchtigen, sondern soll der optimalen Bewältigung der Versorgungsaufgabe dienen. Dabei ist die Zusammenarbeit im Verbund das weniger interventionistische wirtschaftspolitische Mittel als die Verstaatlichung.

Bei der Beurteilung der beeinträchtigenden Wirkung der nationalen Verbundverträge ist zu berücksichtigen, daß die wirtschaftlich-technische Zusammenfassung auf nationaler Ebene eine Vorbedingung für einen internationalen Stromaustausch bildet; Ehe eine Zusammenarbeit mit den einzelnen Elektrizitätsversorgungsunternehmen Deutschlands möglich und wirtschaftlich interessant wird, bedarf es einer Aufhebung der großen Zersplitterung, wie sie die deutsche Versorgungswirtschaft kennzeichnet. Hierzu ist die Verbundwirtschaft vorzüglich geeignet. Die nationalen Verbundverträge widersprechen somit nicht den Ordnungsprinzipien des Gemeinsamen Marktes und fallen als lokale Marktregelungen nicht unter das Verbot des Art. 85 I EWGV (1).

b. Internationale Verbundverträge

Sind Unternehmen aus mehreren Mitgliedstaaten am Verbund beteiligt, so wird hierdurch der zwischenstaatliche Handelsverkehr geregelt und der Wettbewerb beschränkt. Der Verbund bezweckt eine Zusammenarbeit der Unternehmen. Dem widerspräche ein gegenseitiges Unterbieten und Inaussichtstellen besonders günstiger Geschäftsbedingungen, was für die Wettbewerbswirtschaft wesensnotwendig ist (2). Diese Verbundverträge erfüllen somit Art. 85 I (3). Bei der Frage der Sanktionierung der Verbundverträge durch Art. 90 II kommt es entscheidend darauf an, ob durch die Anwendung des Art. 85 I die Erfüllung der den EVU übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.

Die Auslegung des Art. 90 II kam zu dem Ergebnis, daß die Vertragsverletzungen zur Erfüllung der besonderen Aufgabe unerläßlich sein müssen. Im Gegensatz zu den Konzessionsverträgen sind die Verbundverträge zur Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht unerläßlich im Sinne des Art. 90 II S. 1.

Hierunter fallen nur die Maßnahmen und Verhaltensweisen, die die gesicherte Marktstellung der Unternehmen tangieren.

Die sichere und billige Versorgung der Allgemeinheit als die besonders elektrizitätswirtschaftliche Zielsetzung, würde durch den Wegfall des Verbundes nicht ver-

- (1) Im Ergebnis übereinstimmend: Schumacher a. a. O. S. 34; a. A. Scheuten a. a. O. S. 125 für Anwendung des Art. 85 III siehe auch Malzer WUW 63, 208 ff.
- (2) vgl. Borchardt-Fikentscher a. a. O.
- (3) vgl. Scheuten a. a. O. S. 125; Schumacher a. a. O. S. 34.

hindert, sondern nur erschwert. Bei gleicher Sicherheit der Versorgung müßte der Preis durch die erforderlichen Investitionen sich erhöhen, bei gleichem Preis würde sich der Wegfall der gemeinsamen Reservehaltung nachteilig auf die Sicherheit auswirken. Dies reicht nach Art. 90 Abs. 2 S. 1 nicht aus.

Auch bei der Zusammenarbeit im Verbund sind jedoch die technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft zu berücksichtigen: Ein Austausch oder eine Zulieferung von Elektrizität ist nur dann durchführbar, wenn hierzu besondere Überlandleitungen vorhanden und die Lieferer und Bezieher technisch miteinander verbunden sind. Die Erforderlichkeit besonderer Aufwendungen zur Beteiligung am Verbund, beschränkt naturgemäß den Kreis der miteinander Strom austauschenden Unternehmen. Aus dieser Tatsache allein läßt sich der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Verbundverträge verstehen.

Der Strom wird zwar im Einzelfall nicht von dem Unternehmen bezogen, das ihn am billigsten liefern könnte. Fehlt es jedoch an den gemeinsamen Transportanlagen, insbesondere an den notwendigen Leitungen, so ist der Stromaustausch und somit auch ein Wettbewerb technisch unmöglich. Dies zeigt, daß sich die Verbundverträge in ihrer Zielsetzung wesentlich von sonstigen Kartellen unterscheiden: Ihr Zweck ist nicht die Beschränkung des Stromaustausches auf die einzelnen, der Verbundgesellschaft angehörenden Unternehmen, sondern die wirtschaftliche und technische Ermöglichung von Stromlieferungen über die Grenzen. Unter den am Verbund beteiligten Unternehmen hingegen ist es möglich, den Strom von dem Mitglied des Verbundes zu beziehen, das das günstigste Angebot macht. Die Zusammenarbeit im Verbund beschränkt den Wettbewerb somit durchaus nicht über das notwendige Ausmaß hinaus.

Wenn auch die internationalen Verbundverträge nach dem Wortlaut des Art. 85 I unter das Kartellverbot fallen und gemäß Art. 90 II 1 zur Erfüllung der besonderen Aufgabe nicht unerläßlich sind, so ist dennoch zu bedenken, daß der freie Wettbewerb sowie die voneinander völlig unabhängigen Planungen und der Bau von Anlagen, wie er bei dem Wegfall des Verbundes eintrete, weder zu einer Intensivierung des Stromaustauschs noch zu einer Förderung der elektrizitätswirtschaftlichen Ziele führen könnte: Der Bau von nicht optimal ausgenutzten Überlandleitungen oder Kraftwerken ist in der Regel einem einzelnen Unternehmen finanziell nicht möglich. Zumindest wäre das Risiko einer nur geringen Ausnutzung der Anlagen nicht zumutbar, während die einzelnen Mitgliedstaaten ein legitimes Interesse daran haben, daß die im zwischenstaatlichen Verkehr ausgetauschte Elektrizität den gleichen Sicherheitsgrad hat wie die heimischen Stromlieferungen. Ebenso wenig darf die importierte Elektrizität sich versteuern. Dies wäre aber die notwendige Folge einer nur geringen Ausnutzung der Anlagen. Die gemeinsame Benutzung wirkt sich bei der Kapitalintensität der Anlagen kostensenkend aus.

Die Elektrizitätswirtschaftlichen Zielsetzungen lassen sich mit den Zielen des Gemeinsamen Marktes nach einer möglichst weitgehenden zwischenstaatlichen Verflechtung nur im Wege der Zusammenarbeit der EVU durchführen. Der Stromtransport ist ein technisch schwieriger Vorgang, der mit dem Transport von Waren (Sachen im Sinne des § 90 BGB) nur wenig Gemeinsamkeiten aufweist. Benutzen mehrere Unternehmen gemeinsam eine Leitung, so muß die stufenweise Weitergabe der Elektrizität nach einem bestimmten "Fahrplan" erfolgen. Dies bedeutet nichts anderes als das Erfordernis von "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" im Sinne des Art. 85 I.

Der freie Wettbewerb hingegen machte den Bau mehrerer, jeweils nur einem Unternehmen zur Verfügung stehender Leitungen erforderlich. Keinem Unternehmen wäre zumutbar, seine Transportanlagen den Konkurrenten zur Verfügung zu stellen und dabei eigene Stromüberschüsse nicht absetzen zu können. Das von einigen Autoren geforderte "Durchleitungsrecht" der Konkurrenten (1) ist keine echte Alternative zur Verbundwirtschaft, denn Eingriffe in das Eigentum der Konkurrenten sind der Wettbewerbswirtschaft unbekannt.

So betrachtet, stellt die Zusammenarbeit im Verbund einen typischen Tatbestand der Freistellung vom Kartellverbot dar, wie sie die Auslegung des Art. 90 II 2 ergeben hat (2). Satz 2 verzichtet auf das Merkmal der Unerläßlichkeit bei Kartellen der Dienstleistungswirtschaft, die durch Zusammenarbeit die Erfüllung der besonderen Aufgabe erleichtern und zu einer Förderung des durch Anwendung der Vertragsregeln nicht ebenso zu verwirklichenden zwischenstaatlichen Austausches führen.

Die durch die internationalen Verbundverträge verursachte Beschränkung des zwischenstaatlichen Wettbewerbs entspricht somit dem Ordnungsdenken des Vertrags. Es handelt sich um vernünftige (reasonable) Kartelle, die zur Verwirklichung des Vertragsziels der "sinnvollen Arbeitsteilung" beitragen, zumindest aber den Markt nicht in unvernünftiger Weise beeinflussen (3).

- (1) Schumacher VEnErgR 7/8 S. 38; Hamm FAZ v. 4.11.61 S. 5; ders. FAZ v. 15.1.62 S. 13; a.A. Strahinger EW 62, 25; Roggendorf EW 62, 209; Stumpf, Kommunalwirtschaft 63, 60.
- (2) Siehe oben I. Teil C III b.
- (3) Scheuten (ET 62, 127), der die Anwendbarkeit des Art. 90 II auf die Elektrizitätswirtschaft ablehnt, behandelt die Verbundverträge als Rationalisierungskartelle. Erkennt jedoch die Bedeutung der beiden negativen (a, b) Voraussetzungen der Vorschrift. Während bei den positiven Voraussetzungen das "oder" eine Alternative ausdrückt, bedeutet es nach "ohne daß" soviel wie "und".
Vgl. B Kart. A. v. 19.2.59 WUW/E B Kart A 25, 30; Koch BB 59, 241; Everling a. a. O. Anm. 15 zu Art. 85; Baumbach-Hefermehl A 29 zu Art. 85; Frankf. Komm. Vorbem. Art. 85 ff. T. z 16 (von Scheuten irrtümlich für seine abweichende Ansicht herangezogen); Deringer Rdn. 38 zu Art. 85; Gemeinschaftskomm. EWG Kart. R. Rdn. 40; Schumacher VEnErgR 7/8 S. 40 Fußn. 91; VIK v. 30.8.62 S. 12.
Die Ausschließungsklauseln müssen in bezug auf den Rationalisierungs-

Zusammenfassend ist festzustellen, daß von den Verträgen des § 103 GWB die internationalen Verbundverträge, worin Konzessionsverträge in grenznahen Gebieten gemäß Art. 90 II sanktioniert sind, während die Demarkationsabreden und die nationalen Verbundverträge ohne zwischenstaatliche Auswirkungen sind.

Hauptsächliche Bedeutung für die Entwicklung des zwischenstaatlichen Austausches kommt somit der Sanktionierung der Verbundverträge durch Art. 90 II zu. Die Erfahrungen, die die internationale Verbundwirtschaft bereits vor Gründung der drei Europäischen Gemeinschaften gemacht hat, sind durchaus ermutigend. Sie tragen den wirtschaftlich-technischen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft Rechnung. Wenn sie der EWGV weiterhin als Mittel der Integration anerkennt, so geschieht dies in der Erkenntnis, daß im zwischenstaatlichen Bereich nicht solche wirtschaftspolitischen Maßnahmen getroffen werden sollen, die sich innerstaatlich als untauglich erwiesen haben.

III. Die Bedeutung der gemäß Art. 90 II anwendbaren Vertragsregeln

Die Exegese des Art. 90 II kam zu dem Ergebnis, daß die Vorschrift lediglich eine Legalausnahme für die den unmittelbaren Wettbewerb der Unternehmen verhindern den Maßnahmen sowie die innergemeinschaftliche Zusammenarbeit (Verbund) darstellt. Alle sonstigen Vertragsregeln sind grundsätzlich anwendbar, insbesondere die Vorschriften über den Zollabbau, das Verbot von Kontingentierungen sowie des Dumping.

Besondere Bedeutung kommt auf einen Wirtschaftsgebiet, in dem der direkte Wettbewerb als wesentlicher Motor der Integration fehlt, dem Verbot des Monopolmißbrauchs (Art. 86) sowie der Beseitigung der mittelbaren Subventionierung der Wirtschaft durch besonders günstige Stromlieferungen aber auch der Niederlassungsfreiheit zu.

erfolg nicht nur unerläßlich sein, - was zu bejahen wäre - es würden jedoch "Möglichkeiten eröffnen", "für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten". Die Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse in der Elektrizitätswirtschaft hat gezeigt, daß in diesem Wirtschaftsbereich keinerlei Wettbewerb herrscht, so daß die Anwendung des Art. 85 III nicht in Betracht kommt.

Werden andere Unternehmen von der Mitwirkung an der Verbundwirtschaft ausgeschlossen, so kommt die Anwendung des Art. 86 in Betracht.

1. Da Art. 90 II marktmißbräuchliche Verhaltensweisen nicht rechtfertigt, stellt die Anwendung des Art. 86 einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Unternehmen, der Abnehmer sowie der Gemeinschaft dar. So kann beispielsweise das Festhalten an einem Alleinversorgungsrecht besonders in grenznahen Gebieten im Einzelfall mißbräuchlich sein. Eine der deutschen Regelung der § 103 ff. GWB entsprechende Handhabung des Art. 86 EWGV führt zu sachgerechten Ergebnissen.

Auch die Zulässigkeit der verbundwirtschaftlichen Zusammenarbeit erfährt eine Einschränkung. Als oligopolistische Marktbeherrschung unterliegt die Verbundwirtschaft der Vorschrift des Art. 86. Auf diese Weise läßt sich etwa der Ausschluß einzelner Unternehmen am Verbund und somit an der Erbringung sowie dem Bezug von Elektrizität im zwischenstaatlichen Verkehr auf ein Minimum beschränken.

2. Eines der vorrangigsten Probleme der Gemeinschaft ist die Beseitigung der durch die unterschiedliche Organisation der Elektrizitätswirtschaft entstehenden Wettbewerbsverzerrungen. Gemeint sind damit die mittelbaren Subventionen der gewerblichen Wirtschaft durch sog. Unterstützungstarife (1). Auf diesem Gebiet ist eine Rechtsangleichung trotz der Undurchführbarkeit des direkten Wettbewerbs unumgänglich. Sind in einzelnen Ländern die Kapitaldienstkosten durch Verzicht auf eine angemessene Verzinsung sowie steuerliche Vorteile (2) und unmittelbare staatliche Zuwendungen durch kostenlose Inanspruchnahme öffentlicher Wege oder Deckung des Verlustes der Unternehmen wesentlich niedriger als in privatwirtschaftlich organisierten Elektrizitätswirtschaften, so bedingt dieser Umstand erhebliche Unterschiede in der Leistungsfähigkeit der Dienstleistungswirtschaft, wie auch der gewerblichen Wirtschaft selbst.

Im I. Teil der Untersuchungen (3) wurde dargelegt, daß die Rechtsangleichung ein politisches Problem darstellt. Sie umfaßt nicht nur das Wettbewerbsrecht im technischen Sinne, sondern auch Tatbestände des "administrativen Protektionismus" (Schmölders) (4) Die Modalitäten der Rechtsangleichung können in der vor-

(1) Hierzu EWG Kommission v. 7.8.63 ABl S. 2235 (Ziff. 3); siehe auch oben I. Teil C III 2; Die Kapitalbelastung der deutschen Elektrizitätswirtschaft ist durch die Notwendigkeit der Inanspruchnahme privaten Kapitals bei angemessener Verzinsung des Eigen- sowie des Fremdkapitals etwa 2,4 mal so hoch wie die der nationalisierten französischen Elektrizitätswirtschaft; vgl. Burgbacher EW 63, 434.

(2) Europäische Wirtschaftskommission, Elektrizitätsausschuß.

(3) Siehe oben F VI 1.

(4) Vgl. auch VerLoren v. Themaat, Harmonisierung S. 3 ff.

liegenden, den Auslegungsproblemen gewidmeten Darlegung im einzelnen nicht näher bestimmt werden. Grundsätzlich gebietet die föderative Struktur der Gemeinschaft eine Angleichung nur in den Fällen, in denen die Unterschiede der Rechtsordnung sich feststellbar negativ auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken (1). Für diese Fälle gibt Art. 90 II eine Richtschnur.

3. Die durch Art. 90 angestrebte Aufrechterhaltung der Gebietsmonopole schränkt naturgemäß die Möglichkeit der Niederlassung ausländischer Unternehmen ein. Um eine tatbestandsmäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 52 handelt es sich indes nicht, da damit eine diskriminierende Schlechterstellung der ausländischen Unternehmen nicht stattfindet. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hingegen fände dann statt, wenn ausländische Unternehmen generell an der Erbringung öffentlicher Versorgungsleistungen gehindert würden. Das in Art. 90 II geschützte Interesse der offenen Gemeinschaft bezieht sich ausschließlich auf die Erhaltung der Marktform als Voraussetzung der sicheren und billigen Versorgung. Dabei ist es gleichgültig, ob die Versorgungsleistungen von heimischen oder von ausländischen Unternehmen erbracht werden. Hieraus resultiert ein Wettbewerbsvorteil der Mitgliedstaaten mit nationalisierter Elektrizitätswirtschaft. Beschließt etwa eine deutsche Gemeinde, ihre Stromerzeugung aufzugeben und den Strom ausschließlich von einem ausländischen Unternehmen zu beziehen, so ist dies ohne weiteres möglich, während dem in Frankreich und Italien das Erzeugungs-, Fortleitungs- und Verteilungsmonopol der staatlichen Unternehmen entgegensteht. Auch dieser Tatbestand bedarf einer Harmonisierung.

Die bevorzugte Nutzung der Energiequellen durch inländische Unternehmen, wie sie in einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehen ist, stellt ebenfalls eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. In der Regel wird sie zur Verwirklichung der elektrizitätswirtschaftlichen Zielsetzung nicht erforderlich sein. Ist eine Energiequelle von der heimischen Versorgungswirtschaft nicht ausgenutzt, so spricht hierfür zumindest eine Vermutung. Dagegen liegt die Nutzbarmachung der wirtschaftlichen günstigsten Energiequellen für sämtliche Mitgliedstaaten im Interesse der Gemeinschaft.

(1) Deringer Rdn. 40 zu Art. 85. Vgl. auch Baumbach-Hefermehl A 13 zu Art. 85, Schlieder BB 62, 305.

L e b e n s l a u f

Als Sohn des Arztes Dr. med. Kurt Hack und der Margarete Hack, geb. Ullmer wurde ich am 28. 6. 1938 in Heidelberg geboren.

Von 1944 bis 1948 besuchte ich die Volksschulen Heidelberg-Rohrbach und Wiesloch. Nach neunjährigem Besuch der höheren Schule bestand ich 1957 in Heidelberg die Reifeprüfung.

An den Universitäten Freiburg/Br., Heidelberg und Mainz studierte ich ab SS 1957 Rechtswissenschaft. 1961 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab.

Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Die mündliche Prüfung fand am 25. Februar 1966 statt.

